

Virkningen av brudd på anskaffelsesreglene i norsk petroleumsvirksomhet

Kandidatnummer: 534

Leveringsfrist: 25. April 2013

Antall ord: 16409



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING.....	1
1.1	Oppgavens tema og hovedproblemstilling	1
1.2	Anskaffelsesrettens utvikling for petroleumssektoren	3
1.3	Formålet med anskaffelsesreglene i petroleumssektoren	6
1.4	Aktørene og sentrale begreper	8
1.5	Høye kontraktsverdier	11
1.6	Rettsanvendelse og rettskilder	12
1.7	Fremstillingen videre og avgrensning	15
2	ALTERNATIV PROSEDYRE I FORSYNINGSFORSKRIFTEN	17
3	ERSTATNING FOR BRUDD PÅ «ALTERNATIV PROSEDYRE».....	20
3.1	Innledning	20
3.2	Ansvarsgrunnlaget	22
3.3	Brudd på anskaffelsesreglene	26
3.3.1	Innledning	26
3.3.2	Brudd på likebehandlingen	27
3.3.3	Brudd på tildelingskriteriene.....	28
3.3.4	Brudd på konkurranse	34
3.3.5	Saksbehandlingsfeil.....	36
3.4	Hvilke leverandører kan søke erstatning?	38
3.5	Erstatningsutmåling	40
3.5.1	Innledning	40
3.5.2	Negative kontraktsinteresse	42
3.5.3	Positive kontraktsinteresse	45
4	ANDRE SANKSJONER	54

4.1.1	Innledning	54
4.1.2	Uten virkning	56
4.1.3	Avkortning av kontrakt eller overtredelsesgebyr	58
5	PROSESSUELLE PROBLEMSTILLINGER OG HÅNDHEVELSE AV REGELVERKET	59
5.1	Innledning.....	59
5.2	KOFA's rolle	60
5.3	Domstolene.....	61
5.4	ESA – EFTA's overvåkningsorgan	62
6	LITTERATURLISTE	64

1 Innledning

1.1 Oppgavens tema og hovedproblemstilling

Oppgavens tema er virkninger av brudd på anskaffelsesreglene i norsk petroleumssektor. Avhandlingen gjennomgår oppdragsgivers mulige brudd på regelverket, hvem som kan regnes oppdragsgiver, hvilke leverandører som kan ha krav mot oppdragsgiver og hvilke sanksjonsmulighet det finnes for leverandører til petroleumssektoren.

Anskaffelsesregelverket er inntatt i norsk lov gjennom lov om offentlige anskaffelser (heretter LOA)¹ og forsyningsforskriftene (heretter FF)² for forsyningssektoren, som petroleumssektoren utgjør en del av. Det norske lovverket bygger til dels på EU-/EØS-rett som vi finner i henholdsvis anskaffelsesdirektivene³ og håndhevelsesdirektivet⁴. Anskaffelsesregelverket i EØS-retten henger igjen sammen med reglene i EØS-avtalens hoveddel og kan langt på vei ses som en operasjonalisering av de prinsipper som ligger til grunn for reglene om de fire friheter⁵.

Petroleumssektoren er underlagt de generelle kravene i LOA og FF. Virksomhetene i petroleumssektoren kan velge å bruke kapittel 14 om alternativ prosedyre, som stiller mindre strenge krav enn de alminnelige prosedyrene under FF.

¹ Lov1999-07-16 nr 69 Lov om offentlige anskaffelser

² FOR 2006-04-07 nr 403: Forsyningsforskriften

³ Direktiver 2004/17/EF Forsyningssektor, 2004/18/EF klassisk sektor

⁴ Direktiv 92/13/EØF Forsyningssektor, 89/665/EØF klassisk sektor

Nye håndhevelsesdirektivet 2007/66/EF om omfatter endringer i både forsynings- og klassisk sektor

⁵ Sejersted, EØS-rett, 2004 2. utgave s.631

I tillegg til reglene i LOA og FF alternative prosedyre har oppdragsgiverne interne prosedyrer for anskaffelser. Disse kan være strengere enn forskriften, men kan ikke være i motstrid. Leverandøren vil imidlertid normalt ikke ha noe rettskrav etter brudd på interne prosedyrer.

Anskaffelsene i petroleumssektoren er mangeartet. Det kan eksempelvis være store utbyggingsprosjekter, innleie av borerigger med mannskap til å drive disse, leveranser til både drift av bygninger, teknisk avansert utstyr til boring, samt IT investeringer og diverse kontor innkjøp og lokaler.

Det er kun anskaffelser som gjelder «leting etter, eller utvinning, av olje, gass, kull eller andre typer fast brensel» som er omfattet av forsyningsforskriften § 1-3 b) 1. Det vil si at anskaffelser til raffineri vil være unntatt bestemmelsene.

De grunnleggende prinsippene i LOA § 5 gjelder for alle anskaffelser, uavhengig av anskaffelsens art og verdi. Dette gjelder blant annet kravene til konkurranse, god forretningskikk, forholdsmessighet, likebehandling av leverandører, forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvbarhet. Disse grunnleggende kravene er gitt stor vekt i rettspraksis og vil også ha stor betydning for petroleumssektoren i deres utforming av anbudsdokumentene og i den videre evalueringen og tildelingsprosessen.

Etter LOA § 11 har leverandører, på visse vilkår, krav på erstatning ved brudd på loven eller forskrifter gitt i medhold av loven. Dersom oppdragsgiver bryter anbudsreglene så kan han bli erstatningsansvarlig enten for den negative kontraktsinteresse eller den positive kontraktsinteresse.

Hvilke brudd som begås vil også ha en innvirkning på erstatningsutmålingen. Dette søkes avklart i kapittelet om ulike brudd på anskaffelsesreglene. Til dette vil det vises til KOFA avgjørelser og rettspraksis både fra petroleumssektoren og klassisk sektor, samt dommer fra EU-domstolen.

Kontraktstypen vil ha stor betydning i spørsmålet om hvilken virkning brudd på anskaffelsesretten kan ha, det vil si om det kan tenkes erstattet negativ- eller positiv kontraktsinteresse. Hvis det skal tildeles en rammeavtale uten kjøpsforpliktelse, vil det da være grunnlag for å søke erstatning for positiv kontraktsinteresse eller er da erstatning begrenset til negativ kontraktsinteresse? Vil det stille seg annerledes om det var en volumkontrakt? Dette vil være sentrale tema i drøftelsen om erstatningsutmålingen.

1.2 Anskaffelsesrettens utvikling for petroleumssektoren

Anskaffelsesretten er dynamisk og har undergått vesentlige endringer de siste årene. Fra å være et rettsfelt med liten grad av lovregulering, er den i dag et komplisert regelverk og er i stor grad et EU-rettslig produkt slik det fremstår i dag. I NOU 2012:2 konstateres det at *«Reguleringen av kravene til offentlig anskaffelsesprosesser er en av de synligste og viktigste konsekvensene av EØS-avtalen»*⁶.

Oljedirektivet,⁷ som ble vedtatt i 1994, oppsatte regler for framgangsmåten ved tildeling av utvinningstillatelser for petroleum og var mye omstridt da det skulle besluttet gjennomført i norsk rett. *«Målsettingen med direktivet var å sikre at konsesjoner ble gitt på grunnlag av objektive og på forhånd offentliggjorte kriterier og at tildelingsprosessen er åpen for alle selskaper med den nødvendige kapasitet og kompetanse»*.⁸

Både «Nei-til-EU» flere politiske partier var i mot direktivet. De mente at det ville frata norske myndigheter adgangen til å styre tildelinger av utvinningstillatelser ut fra samfunns-hensyn.

⁶ NOU 2012:2 Utenfor og innenfor. Norges avtaler med EU pkt 15.6.1

⁷ Oljedirektivet 94/22/EF av 30.mai 1994 som ble gjennomført i norsk rett i 1997

⁸ NOU 2012:2 Utenfor og innenfor kapittel 19.1.4 EU/EØS og petroleumsvirksomheten

Før vedtakelse av direktivet hadde norsk petroleumsvirksomhet fra 70-tallet vært preget av statens eget oljeselskap (Statoil) og statens kontroll med konsesjoner og produksjonsnivå. Politikerne ønsket å bygge opp en norsk oljeindustri og næringsvirksomhet som knyttet seg til petroleumsvirksomheten. For å trekke på internasjonale selskaper med kompetanse og kapasitet ble det gitt konsesjoner for leting og utvinning til grupper av selskaper (lisensgrupper) i stedet for enkeltelskap.

Norske leverandører ble favorisert gjennom tildeling og vilkår i utvinningstillatelsene før vedtakelsen av EØS-avtalen. De EØS-rettslige reglene for anskaffelse setter skranker for diskriminering av leverandørers nasjonalitet og har åpnet for et internasjonalt leverandørmarked.

Siste rettslige utvikling i anskaffelsesretten er at det i juli 2012 ble det innført nye sanksjonsmuligheter i LOA og tilhørende forskrifter. De nye sanksjonsmulighetene er å kjenne avtalen uten virkning og muligheter for avkortning av kontrakt eller illeggelse av overtredelsesgebyr. Disse sanksjonsmulighetene innebærer en vesentlig endring i forhold til tidligere regelverk. Det vil si at hvis kontrakten er inngått i strid med anskaffelsesregelverket så kan avtalen, på visse vilkår, suspenderes og/eller annulleres. Virkningene av disse sanksjonsmulighetene kan få alvorlige konsekvenser, både for leverandør og oppdragsgiver. Hvorvidt disse sanksjonsmulighetene kommer til anvendelse for petroleumssektoren vil bli drøftet i den videre fremstillingen.

Regelverket er stadig i utvikling og det er foreslått at oppdragsgivere som driver leting etter olje og gass skal unntas fra direktivet siden sektoren er tilstrekkelig konkurranseutsatt allerede. I EU arbeides det med et nytt forsyningsdirektiv som skal erstatte 2004/17/EF og der petroleumssektoren skal unntas reglene om offentlig anskaffelse.⁹*De viktigste endringsfor-*

⁹ www.europalov.no - Forsyningsvirksomhetsdirektivet (revisjon): offentlige kontrakter innen tjenestesektorene vann, energi, transport og post

slagene som bare gjelder forsyningssektorene er endringer i prosedyren for å få fritak fra direktivet på bakgrunn av at aktiviteten er utsatt for tilstrekkelig konkurranse (art 30 i gjeldende direktiv), og at oppdragsgivere som driver leting etter olje og gass foreslås unntatt fra direktivet, siden denne sektoren er funnet å være utsatt for tilstrekkelig konkurranse.

Det nye direktivet vil være klart i løpet av 2013 og de nye reglene vil være gjeldende i EU fra 30. juni 2014¹⁰.

I 2011/0439 (COD) sier de følgende: *«Indkøb, der foretages med henblik på olie- og gasefterforskning, er dog fjernet fra anvendelsesområdet, da denne sektor beviseligt er underlagt et sådant konkurrencepres, at der ikke længere er behov for den indkøbsdisciplin, som direktivet sikrer. Konkurrenquesituationen i denne sektor er blevet undersøgt indenfor rammerne af fire forskellige anmodninger om undtagelse i henhold til den nuværende artikel 30. I alle fire sager blev det fastslået, at det relevante geografiske marked er verdensomspændende, hvilket også er i overensstemmelse med den mangeårige praksis i fusionssager. Det er konsekvent blevet konkluderet, at markedet for efterforskning ikke er stærkt koncentreret. Ud over de statsejede selskaber er markedet kendetegnet ved tilstedeværelsen af tre internationale vertikalt integrerede private aktører, kaldet "super majors" (BP, ExxonMobil og Shell), samt et antal aktører, der kaldes "majors".*

*Markedsandelen for hver af disse "super majors" er langt under 1 %. Det er konsekvent fastslået, at dette udgør indikatorer for direkte eksponering for konkurrence. Adgangen til markedet er endvidere blevet liberaliseret gennem bestemmelserne i direktivet om licenser til kulbrinteefterforskning og -produktion¹⁰. Den retlige situation bør derfor forenkles, og den administrative byrde bør lettes for alle berørte parter (ordregivere, medlemsstater, Kommissionen, Parlamentet og Rådet) ved at fjerne behovet for at vedtage individuelle afgørelser i henhold til artikel 30 for hver af de resterende 23 medlemsstater».*¹¹

¹⁰ COM 2011-895

Hvilke konsekvenser dette vil få for anskaffelsesretten i petroleumssektoren vil være utenfor oppgavens tema, idet den tar opp problemstillinger i gjeldende rett.

1.3 Formålet med anskaffelsesreglene i petroleumssektoren

Formålet med å regulere anskaffelsesprosessen kommer til uttrykk både i LOA § 1 og FF § 1-1. Begge formålsparagrafene legger vekt på økt verdiskapning i samfunnet, effektiv ressursbruk basert på forretningsmessighet og likebehandling. Det legges også opp til allmennhetens tillit til at de offentlige anskaffelser skjer på en samfunnstjenlig måte og for å forhindre korrupsjon.

De grunnleggende prinsippene har som formål å ivareta rettsikkerheten til aktørene i anskaffelsesprosessen og sikre at alle potensielle leverandører får de samme mulighetene til å oppnå kontrakt med oppdragsgiver.

Hensynene bak anskaffelsesreglene er viktig både nasjonalt og internasjonalt. På det internasjonale plan finner vi rettsakter om offentlige anskaffelser i EØS-avtalens vedlegg XVI, jf EØS art. 65 som må ses i sammenheng med et ønske om å legge forholdene til rette for frihandel av varer og tjenester over landegrensene¹².

På det nasjonale plan så disponerer forvaltningen over fellesskapets ressurser. For å sikre at ressursene forvaltes på en god måte er det viktig at forvaltningen foretar sine leverandørvalg basert på kommersielle vurderinger.¹³

¹¹ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0895:FIN:DA:PDF>

¹² Sejersted, EØS-rett, 2004 2. utgave s. 624

¹³ Sejersted, EØS-rett, 2004 2. utgave s. 623

EØS-reglene søker også å begrense myndighetenes muligheter for å legge vekt på andre hensyn enn det som angår selve anskaffelsen. Samfunnsmessige hensyn ble behandlet av utvalget og det ble konkludert med at samfunnsmessige hensyn generelt bare bør kobles inn der hvor dette ikke kommer i konflikt med målene for selve anskaffelsesprosessen ¹⁴.

Et annet hensyn som taler for å regulere anskaffelsesreglene i petroleumssektoren er at kostnadene for leting etter- og produksjon av olje bæres av samfunnet og ikke av operatørene selv. 78 % av kostnadene dekkes av samfunnet og det må derfor være i samfunnets interesse at pengene forvaltes på en god måte. For det andre så har samfunnet gitt operatørene en særlig rettighet til å kunne bore etter olje på norsk sokkel og må dermed kunne kreve at oppdragsgiverne jobber rasjonelt.

Hvorfor kan vi ikke bare stole på markedet og hvorfor må vi ha lovpåbud?

I petroleumssektoren er det som nevnt god konkurranse i markedet og det vil være grunnlag for mange leverandører å inngi tilbud. Blant operatørene er det også konkurranse, men det er stor forskjell på størrelsen på selskapene. Statoil, som er størst på norsk sokkel vil ha stor innflytelse på leverandørmarkedet og leverandørutviklingen i Norge. På dette grunnlaget vil det tale for å ha anskaffelsesregler som er generelle og kjent for både oppdragsgiver og leverandører. Et lovpåbud vil også ha den virkningen at leverandøren har lovbestemte sanksjonsmuligheter hvis det skulle være brudd på anskaffelsesreglene. At sektoren er konkurranseutsatt er et hensyn som anføres i søknaden om å unntas fra anskaffelsesreglene.

Internt hos oppdragsgiver og hos leverandørene så vil også reguleringen har en effekt. Ved å gjøre anskaffelsene i henhold til regelverket vil det kunne bidra til økt profesjonalisering og standardisering av offentlige innkjøpsrutiner og sikre forutberegnelighet for leverandørene.

¹⁴ Ot.prp. nr. 71 (1997-98) kap 5. om formål og grunnleggende krav til anskaffelsesprosessen

På den annen side så vil komplekse anskaffelsesregler kunne føre til ineffektivitet. Det tar ofte lang tid fra kontraktsmedarbeiderne starter på anbudsprosessen, anbudet kommer leverandørene ihende og til evaluering er ferdig og kontrakt er signert. Dette vil være aktuelt både for det offentlige og for petroleumssektoren.

1.4 Aktørene og sentrale begreper

Petroleumsloven (petrl)¹⁵ hjemler utvinning av petroleumsforekomster på norsk sokkel. Det følger av § 1-1 at eiendomsretten tilfaller den norske stat og som har en eksklusiv rett til forvaltningen av naturressursene. Det er videre et krav til tillatelse for å utvinne olje og gass på norsk sokkel og dette er hjemlet i petrl § 1-3. Rettighetshaverne, jf § 1-5 litra j) er pålagt å inngå en samarbeidsavtale der de er *solidarisk ansvarlige overfor staten for de økonomiske forpliktelser som følge av petroleumsvirksomhet ihht tillatelsen*, jf petrl § 10-8.

Utvinningstillatelsen gir ikke i seg selv noen ubetinget rett til å bygge ut og starte utvinning av et eventuelt funn. Til dette kreves etter petrl § 4-1 en egen godkjenning fra departementet av «plan for utbygging og drift», ofte forkortet (PUD).

Blant rettighetshaverne skal kun et av selskapene opptre som operatør på vegne av de andre. Myndighetene skal utpeke eller godkjenne operatøren, jf petrl § 3-7. Oppdragsgiver vil formelt normalt være operatøren, men det kommer så an på hvordan lisensgruppen har ordnet sitt interne forhold. Oppgaven vil i hovedsak se på forholdet mellom oppdragsgiver og leverandør. Men problemstillingen om også rettighetshavergruppene kan være oppdragsgiver kom på spissen i KOFA sak 2003/151 (Idemitsu) der innklagede virksomhet både var Statoil som operatør og lisensgruppene Snorre unit PL089, Statfjord Øst og Sygna Unit v/Statoil. Her ser vi at både operatøren, som opererer på vegne av interessefellesskapet, og lisensene samlet er betegnet som oppdragsgivere i saken. Hadde kun Statoil ASA vært å regne som oppdragsgiver så hadde kun de vært innklaget.

¹⁵ Lov om petroleumsvirksomhet 29. november 1996 nr.72

I KOFA sak 2005/193 hadde Statoil et engineeringsselskap (Linde AG v/Linde Engineering Divisjon) som administrerte anbudsprosessen for seg. Selv om ikke Statoil sto for gjennomføringen av anbudsprosessen så var de ansvarlig for resultatet og ble derfor innklaget i saken og var dermed regnet som oppdragsgiver. Engineeringsselskapet ble ikke innklaget.

Rettighetshavernes øverste organ er styringskomiteen.¹⁶ I samarbeidsavtalens artikkel 13.1 påhviler det et krav til operatøren at det skal utarbeides en overordnet anskaffelses- og kontrakts strategi for vesentlige anskaffelser og disse skal godkjennes av styringskomiteen. Med dette er det også et kontrollansvar innen gruppen av rettighetshaverne til hvordan vesentlige anskaffelser gjøres av operatøren.

Samarbeidsavtalens artikkel 13.4 stiller også krav til at styringskomiteen gjøres oppmerksom på hvis en part har eierinteresse i et selskap som er tilbyder i en anskaffelse eller har egeninteresser i anskaffelsen. Dette problematiseres i Idemitsu saken.

En ny «trend» i markedet på norsk sokkel er etablering av konsortier. Konsortiene består av både små og store operatørselskaper som ofte borer letebrønner og som ikke har nok arbeid til at det er lønnsomt å inngå kontrakter alene. Derfor danner de konsortier der de utarbeider ITT'er¹⁷ for et samlet arbeidsomfang til leverandørene og dermed oppnås bedre betingelser og leverandørene får mer langvarige kontrakter. Dette vil spesielt være gunstig i et trangt riggmarked der riggraten er høy og riggeierne vil være interessert i lange kontrakter.

I petroleumssektoren har det gjennom de siste ti-årene blitt etablert standardbetingelser for sine offshore- og utbyggingsanskaffelser. Disse kommer til uttrykk i NTK 2000 og NF 05. Standardbetingelsene er utarbeidet av Statoil + Hydro på kundesiden og TBL (Teknologi-

¹⁶ Knut Kaasen - Innføring i petroleumskontrakter, s.18

¹⁷ ITT = Invitation To Tender

bedriftenes Landsforening)¹⁸ som representerte leverandørene. Standardkontraktene for offshore leveranser har til hensikt å regulere risikoen, ansvar og endringsordre regimet i anskaffelsen. Standardavtalene har hatt stor betydning for anskaffelsene i petroleumssektorene og bruken av standardavtalene vil bli belyst nærmere i oppgaven.

Petroleumssektorens leverandører består av mange konkurransedyktige bedrifter som leverer teknologiske avanserte produkter og tjenester til norsk sokkel og til det internasjonale markedet. Leverandørmarkedet består av både norske og internasjonale leverandører og databaser for pre-kvalifiserte leverandører blir brukt for å etablere «bidder's list»¹⁹ i en anskaffelsesprosess.²⁰ Norske selskaper har utpekt seg som markedsledere innen seismikk, undervannsproduksjonssystemer, boreutstyr, offshore servicefartøyer, flytende produksjon og transporttjenester.²¹

Som nevnt i innledningen så kan operatøren når han inngår kontrakter på vegne av lisensen så gjøre dette på forskjellige måter. Selskapene kan inngå kontrakter som kun skal gjelde for en lisens, men det kan også inngås flerfeltskontrakter. Det vil si at leverandørene blir tildelt ulike felter de skal levere sine varer og tjenester. Dette vil være rammeavtaler som operatøren inngår på vegne av flere lisenser og ofte er det flere leverandører som får avtaler for samme type tjeneste på de ulike feltene. Operatørens kontraktsstrategi vil dermed dekke behovet alle lisensene har for tjenesten og samtidig styrke leverandørmarkedet og konkurransen.

¹⁸ TBL er nå blitt til Norsk Industri etter en sammenslåing av Teknologibedriftenes landsforening (TBL) og Prosessindustriens landsforening (PIL).

¹⁹ Bidder's list = Liste med aktuelle tilbydere

²⁰ På norsk sokkel brukes databasen Achilles. Leverandørene registrerer hvilke tjenester de kan levere. Skriver litt om kvalitetssystem de har og legger inn finansielle data. Når de er godkjent her vil de være pre-kvalifisert til å kunne levere til petroleumssektoren.

²¹ Meld. St. 28 (2010-1022)

1.5 Høye kontraktsverdier

Det har vært en kraftig investeringsøkning i petroleumssektoren siden 2002. I 2012 utgjorde de samlede investeringene i olje- og gass virksomheten, inkludert rørtransport, 172,5 milliarder kroner. Dette er 26,2 milliarder høyere enn i 2011. Økningen kommer innenfor investeringsområdene feltutbygging og felt i drift, mens leting, landvirksomhet og rørtransport viser nedgang. Fra 2002 til 2012 har investeringene, målt i løpende verdi, økt med hele 220 prosent. Den kraftige økningen i oljeprisen i årene fra 2003 til 2008 gav økt leteaktivitet og utbyggingsprosjekter. Den høye investeringsaktiviteten førte til kapasitetsproblemer i leverandørindustrien og dermed til dyrere innsatsfaktorer. Etter en liten nedgang etter finanskrisen er det igjen en økning i investeringer og anslaget for 2013 er på 198,7 milliarder kroner.²²

Tallene viser at det investeres mye i sektoren og kontraktsverdiene kan være alt fra noen få tusen til mange milliarder

Fra media kan vi lese at *«En samlet norsk leverandørindustri har måtte konstatere at den ene store milliardkontrakten etter den andre har gått til utlandet. Kontrakter for til sammen 36 milliarder kroner er tildelt for nye utbygginger på norsk sokkel, til protest fra norske aktører.»*²³ Det sies videre i samme artikkel at markedet innenfor vedlikehold og modifikasjoner er beregnet til å vokse fra 19 milliarder kroner i 2012 til 25 milliarder i 2017 noe som gjør at både store og små leverandører vil få muligheter til å kjempe om en rekke kontrakter.

De norske leverandørene har med andre ord fått skarp konkurranse fra leverandører i utlandet og må stadig bli mer konkurransedyktige.

²² www.ssb.no

²³ www.offshore.no, artikkel «25 milliarder som blir i Norge» Publisert 7.mars 2013 av John Økland

1.6 Rettsanvendelse og rettskilder

De rettslige normene vil i det følgende fastlegges på grunnlag av det norske regelverket for offentlig anskaffelse LOA og da særlig med bakgrunn i forsyningsforskriften kapittel 14, alternative prosedyre. Utgangspunktet for tolkning er norske rettskildeprinsipper og norsk tolkning av både lov og forskrifter.

Vilkårene er opplistet i FF § 14-2 og gir generelle føringer for inngåelse av kontrakter. Også de grunnleggende kravene til anskaffelser i § 5 i LOA vil være førende for anskaffelser i petroleumssektoren der det kreves at oppdragsgiver skal opptre i samsvar med god forretningsskikk, sikre høy forretnings etisk standard i den interne saksbehandlingen og sikre likebehandling mellom leverandører.

Det norske anskaffelsesregelverket bygger på EØS-rettslige forpliktelser og det følger av EØS avtalens § 2 at bestemmelser som regulerer samme forhold skal ved motstrid EØS reglene gå foran de norske reglene.²⁴

Det følger videre av det alminnelige presumsjonsprinsippet at norsk rett presumeres å være i samsvar med folkeretten. Prinsippet medfører at det ved valg av ulike tolkningsalternativer vil de ha stor betydning å velge en direktivkonform tolkning. I vårt tilfelle vil det si at de norske reglene om offentlig anskaffelse presumeres å være overensstemmelse med EU-retten og domstolenes valg av tolkningsalternativer skal normalt være i overensstemmelse med det EU-retten legger til grunn. Jf Finanger-saken fra 2000 slo Høyesterett fast i plenum at en rådgivende uttalelse fra EFTA-domstolen må tillegges stor rettskildemessig vekt²⁵.

²⁴ LOV-1992 nr 23 - Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Den europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS-loven)

²⁵ RT 2000 s.1811 Finanger-saken (s.1826) hvor Høyesterett fant at prinsippet om direktivkonform tolkning ikke rekker lengre enn presumsjonsprinsippet.

I den videre framstilling vil det refereres til håndhevelsesdirektivet 2007/66/EF. Dette direktivet er en sammenslåing av de tidligere håndhevelsesdirektivene 89/665/EØF (klassisk sektor) og 92/13/EØF (forsyningssektoren). I direktivets art. 2 henstilles det til at medlemsstatene skal sikre at det finnes effektive og hurtige muligheter for å klage på irregulære anskaffelser. Dette vil bli brukt under behandlingen av hvilke klagemuligheter leverandørene har i kapittel om håndhevelse av regelverket.

Som nevnt så benyttes det standardavtaler i petroleumssektoren. Leverandører i petroleumssektoren vil være godt kjent med kontraktsformatet og de generelle anbudsdokumentene. Det er også på det rene at aktørene i petroleumssektoren er profesjonelle parter som ofte har tilgang til juridisk hjelp både i utforming av kontraktsdokumenter hos oppdragsgiver, og hos leverandøren i utformingen av anbudene. Det stilles derfor høye forventninger til begge aktørene og dette vil få konsekvenser i spørsmålet om skyldkravene som vil bli behandlet i kapittelet om erstatning.

I den videre fremstillingen vil både avgjørelser fra Klagenemda for Offentlig Anskaffelse (heretter KOFA) innen petroleumssektoren og rettspraksis fra klassisk sektor brukes for å illustrere hvilken stilling både KOFA og domstolene har tatt til ulike brudd på anskaffelsesreglene og hvilken betydning dette har hatt for krav til erstatning. Særlig vekt vil det legges på Idemitsu saken²⁶ og KOFA sak 2005/193 der innklagde var Statoil og klager var Hydro Texaco AS. Disse to avgjørelsene vil være sentrale i flere av temaene som blir drøftet i oppgaven.

Norge er forpliktet til å legge vekt på de rådgivende uttalelsene fra EFTA-domstolen og fra dommer som avsies av EU-domstolen. Dette kommer direkte til uttrykk gjennom EØS-avtalens artikkel 6 som sier at når norske domstoler anvender lovregler som berører fellefskapsretten direkte eller indirekte skal disse *«fortolkes i samsvar med de relevante rettsav-*

²⁶ KOFA 2003/151

*gjørelser som De europeiske fellesskaps domstol har truffet før undertegning av denne avtale.»*²⁷ Dette gjør EU-domstolens rettspraksis til en viktig rettskildefaktor når de norske domstolene skal tolke og anvende EØS-reglene.

EØS Artikkel 6 hjemler kun et krav til lojalitet for dommer avsagt *før* undertegning av avtalen, men det er sikker rett at også dommer avsagt etter dette blir tillagt vekt. Dette kommer til uttrykk i ODA avtalen, artikkel 3, som er hjemmel for EFTA-domstolen.²⁸ Domstolen har til formål å fremme lik forståelse og anvendelse av EØS-avtalen og skal *«ta tilbørlig hensyn til de prinsipper som er fastlagt gjennom de relevante rettsavgjørelser som De europeiske fellesskapsdomstol har truffet etter undertegning av EØS-avtalen, og som berører fortolkningen av avtalen[.....]»*²⁹

I den videre framstillingen vil dommer fra EU-domstolen være særlig egnet til å belyse i hvilken grad det skal kreves skyld hos oppdragsgiver og hva en skal legge i «årsakssammenheng».

Reelle hensyn om at leverandørene skal behandles likt i en anbudskonkurranse er inntatt i LOA § 5 gjennom likhetsprinsippet og i FF § 14-2. Det er en grunnfestet oppfatning om at deltakerne i en anbudskonkurranse har krav på å bli behandlet likt. Dette gjelder både i offentlige anskaffelser og i private. Kravet til likebehandling vil bli belyst i oppgaven gjennom domspraksis.

Juridisk teori både fra erstatningsretten, EØS retten og obligasjonsretten vil bli brukt i den videre drøftelsen. Særlig vil Lasse Simonsens bok om det Prekontraktuelle ansvar være viktig når det drøftes muligheter for negativ- og positiv kontraktsinteresse.

²⁷ EØS avtalens artikkel 6

²⁸ Sejersted, Arnesen, Rognstad, Foyen og Kolstad, EØS-rett 2005 s.152

²⁹ ODA (avtalen mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkningsorgan og en domstol) art. 3

Som nevnt i forrige kapittel så er det etablert standardavtaler mellom oppdragsgiverne og leverandørene, referanse til NF05 og NTK2000. Prosjektering, konstruksjon og installasjon av plattformer er normalt sammensatt av flere delleveranser. I en fabrikkasjonskontrakt er det operatøren som har ansvaret for prosjekteringen, mens leverandøren har ansvar for innkjøp av materialer, stål, konstruksjon, sammensetting og installering.³⁰ Det påhviler med andre ord et stort ansvar for leverandøren i disse avtalene.

1.7 Fremstillingen videre og avgrensning

Oppgavens hovedproblemstilling er brudd på anskaffelsesreglene i petroleumssektoren. Det er ikke plass til å gå inn på alle reglene i anskaffelsesregelverket, verken i lov, forskrift eller direktiver. Vilåårene om økonomisk tap i erstatningsretten faller også utenfor oppgavens tema og blir ikke behandlet.

KOFA's avgjårelser fra petroleumssektoren vil være med på å belyse hvilke brudd som kan søkes erstatning for. Oppgaven tar for seg en del sentrale norske dommer som vil belyse vilåårene for erstatning etter norsk rett. Videre blir en del sentrale EU dommer dråfted for å gi leseren et bilde av EU-retten praksis på området. Selv om dommene ikke er hentet fra petroleumssektoren vil de være rettledende, i den grad det er tale om regler med samme eller tilsvarende innhold.

I kapittelet om vilkår for erstatning vil det vises til Håyesterettsdommer som omhandler både krav om positiv kontraktsinteresse og negativ kontraktsinteresse. Særlig spørsmålet om hvor vesentlig bruddet må være for at erstatning for positiv kontraktsinteresse skal kunne ilegges vil bli belyst gjennom Nucleus dommen³¹. KOFA avgjårelsene både fra Idemitsu

³⁰ En kontrakt som omfatter disse elementene kalles gjerne EPC kontrakter. Der også installeringen er inkludert kalles de EPCI kontrakter.

³¹ RT 2001 s.1062

saken og saken mellom Statoil og Hydro Texaco AS vil også være sentrale i denne sammenhengen.

I kapittel 2 søkes det å gi en kort redegjørelse for den alternative prosedyre i FF og de ulike vilkårene i anskaffelsesreglene. Sanksjonsmuligheten og mulighetene for erstatning, blir gjort grundig rede for i kapittel 3. Her søkes det først å gi en oversikt over de generelle vilkårene for erstatning og hvilke leverandører som kan søke erstatning. Videre vil det gjøres rede for ulike brudd på anskaffelsesreglene.

De ulike erstatningsutmålingene vil bli behandlet i slutten av kapittel tre. Her blir det gjort rede for både negativ- og positiv kontraktsinteresse. Det søkes også å gi en oversikt over EU/EØS rettspraksis og vise til hvilken retning denne har tatt i motsetning til det norske rettssystemet. Hvilke erstatningsutmåling som kan være aktuell for de ulike kontraktstypene som var nevnt i innledningen vil også bli behandlet i dette kapitlet.

De nye håndhevelsesreglene blir fremstilt i kapittel 4 sammen med en drøftelse om disse får anvendelse for petroleumssektoren. Grunnen til at dette blir kort behandlet er at petroleumssektoren har et valg ikke å benytte seg av den alternative prosedyre i forsyningsforskriften og da vil de generelle reglene for forsyningssektoren gjelde også for petroleumssektoren.

Oppgavens siste tema vil være håndhevelsesorganene. Her vil det kort gjøres rede for hvilke håndhevelsesorganer vi har i anskaffelsesretten, både nasjonalt og internasjonalt.

2 Alternativ prosedyre i forsyningsforskriften

FF § 14-1 oppstiller et alternativ at oppdragsgivere «kan ved inngåelse av kontrakter om varekjøp, tjenestekjøp og ved kontrahering av bygge- og anleggsarbeider, følge reglene i dette kapittelet». (min understrekning)

Dette kan ses på som at oppdragsgiverne har et valg av prosedyre, men det er på det rene at petroleumssektoren i det vesentlige gjør sine anskaffelser i henhold til den alternative prosedyre. Alternativ prosedyre oppstiller færre krav til anskaffelsesprosedyrene enn det som fremkommer av de generelle reglene i forsyningsforskriften, men det er fremdeles et krav til likebehandling av leverandører og ikke-diskriminerende kriterier. I den videre fremstillingen er det anskaffelser etter den alternative prosedyre som blir vektlagt.

Forsyningsforskriften består av tre deler.

- Del I gir alminnelige regler om anskaffelser og gjelder for alle anskaffelser, uavhengig av anskaffelsens art og verdi, jf FF § 2-1 (1),
- Del II implementerer de nye prosedyrereglene og de nye sanksjonsreglene. Disse gjelder også for forsyningssektoren, men dog kun for anskaffelser over terskel verdi jf, FF § 2-1 (2) og § 2-3.³²
- Del III er øvrige prosedyrer, der vi finner kapittel 14 om den alternative prosedyre.

Det forrige forsyningsdirektivet (direktiv 93/38/EØF) inneholdt en bestemmelse om anvendelse av en alternativ prosedyre, jf. artikkel 3. ESA fattet i 1999 et vedtak for olje- og gassektoren i Norge, at norske virksomheter i olje- og gassektoren kan velge å følge en alternativ prosedyre.³³ Dette er gjeldende rett i dag.

Prinsippene for inngåelse av kontrakter etter den alternative prosedyre er at konkurranse skal skje basert på ikke-diskriminerende og objektive prosedyrer og kriterier, jf § 14-2 (2).

³² Del II kommer ikke til anvendelse for petroleumssektoren.

³³ NOU 2010:2 kap 12.2.1

Sue Arrowsmith problematiserer i sin kommentarutgave hva som er konkurranse og ikke-diskriminerende anskaffelser. Et eksempel er at det ikke er klart om kunngjøring gjennom andre metoder enn «Official Journal» (tilsvarende DOFFIN i Norge) er godt nok. Det stilles ikke like strenge krav til publisering av anskaffelser i den alternative prosedyre slik det gjøres for resten av forsyningssektoren og den klassiske sektor. Dette skal være tilpasset den enkelte anskaffelse. Et annet punkt som Sue Arrowsmith mener kan debatteres er antall deltakere i konkurransen og publisering av tildelingskriteriene.³⁴

Vedrørende kvalifikasjonsordning av leverandørene oppstilles det i FF § 7-10 (1) at oppdragsgiver kan opprette og forvalte en kvalifikasjonsordning for leverandører. Oppdragsgiver som oppretter en slik kvalifikasjonsordning, skal sørge for at leverandører til enhver tid kan søke om å bli kvalifisert. Del II i FF kommer ikke til anvendelse for petroleumssektoren som følger den alternative prosedyre. Men petroleumssektoren i Norge har etablert en kvalifikasjonsordning. De bruker databasen «Achilles» der leverandørene selv søker om å bli godkjente. Er først leverandørene godkjent er de prekvalifiserte til å kunne levere til petroleumssektoren. Dette gir også oppdragsgiverne adgang til å kunngjøre kontrakten kun til de leverandører som er prekvalifisert på riktig nivå i databasen.

Oppdragsgivers kunnskaper om markedet og søk i databasen vil gi en oversikt over antall potensielle leverandører for den aktuelle anskaffelsen. Ofte blir det også benyttet prekvalifiseringer der en går bredt ut til mange tilbydere en antar kan tilby tjenesten. Dette vil være et spørsmålsskjema og basert på leverandørenes tilbakemeldinger og evaluering vil det gi et grunnlag for å innsnevre bidder's list til færre leverandører. Disse leverandørene vil motta forespørsel via e-post eller kontraktshåndteringssystemer.

Krav til konkurranse finner vi både i FF § 3-1 (1) *Enhver anskaffelse skal så langt det er mulig være basert på konkurranse uansett hvilke anskaffelsesprosedyrer som benyttes*

³⁴ Sue Arrowsmith, *The Law of Public and utilities procurement*, 2. Utgave , punkt 15.34 s 865

og i FF kap 14 om alternativ prosedyre § 14-2. *(1) Tildeling av kontrakt om kjøp av varer, tjenester eller bygge- og anleggsarbeider skal skje etter konkurranse basert på ikke-diskriminerende og objektive prosedyrer og kriterier.*

Krav til at det skal være konkurranse «så langt det er mulig» kommer også til uttrykk i LOA § 5, mens det i FF § 14-2 oppstiller et krav om at konkurranse «skal skje» etter konkurranse.

Hovedregelen er at konkurranse skal avholdes og det vil følge av forholdsmessighetsprinsippet at kravene til oppdragsgivers fremgangsmåte i anskaffelsesprosessen øker med anskaffelsens verdi. Høyere verdi eller kompleksiteten i anskaffelsen vil begge ha betydning for hvordan anskaffelsesprosedyren gjennomføres.

I enkelte unntakstilfeller vil oppdragsgiver kunne tildele en kontrakt til en leverandør uten konkurranse. Dette vil typisk gjelde der det kun er én leverandør i markedet. Prosedyren hos de store oljeselskapene er at det i slike situasjoner må dokumenteres med et avviksskjema hvorfor en kun har forespurt en leverandør. Dette er et krav i de interne prosedyrene som går lenger enn forskriften i form av krav til dokumentasjon av avvik.

Konklusjon om krav til konkurranse blir at det legges inn et forbehold i FF 14-2 slik at den leses som «så langt det er mulig». Dette vil være i tråd med de generelle reglene i LOA § 5.

Det oppstilles ikke noen konkrete krav til tildelingskriteriene i den alternative prosedyre § 14-2 slik det gjør i FF § 11-1. Kravet er at både konkurransen og tildelingskriteriene skal være objektive og ikke-diskriminerende. Videre i oppgaven søkes det å gi en oversikt over brudd på tildelingskriteriene og hvilke konsekvenser det vil gi. Dette blir belyst gjennom KOFA avgjørelser og rettspraksis.

Videre er det krav til at det i anbudspapirene gis en kort beskrivelse av den anskaffelsesprosedyren som vil bli benyttet for den aktuelle anskaffelsen. Det er også et krav til arkive-

ring av anbudene og kontrakter slik at ved en revisjon kan dokumentere anbudsprosessen og hvilke kriterier en har lagt til grunn for tildelingen, jf § 14-3 (1). Begge disse kravene ble brutt av Statoil i KOFA avgjørelsen 2005/193. Saken blir behandlet i ulike sammenhenger videre i oppgaven.

Avslutningsvis oppstilles det krav til rapportering av kontrakter til EFTA's overvåkningsorgan for kontrakter over terskelverdi, jf § 14-3 (2) og (3).

3 Erstatning for brudd på «alternativ prosedyre»

3.1 Innledning

Håndhevelsesdirektivets regler i art 2 1.c) «*at tilkende skadelidte personer skadeserstatning*», er inntatt i LOA § 11 «*Ved brudd på denne lov eller forskrifter gitt i medhold av loven, har saksøker krav på erstatning for det tap han har lidt som følge av bruddet*».(mine understrekninger).

En naturlig forståelse av ordlyden tilsier at det økonomiske tapet leverandøren har hatt kan kreves erstattet så lenge tapet kan knyttes til oppdragsgivers brudd på regelverket.

Ordlyden gir ingen veiledning med hensyn på hvilket ansvarsgrunnlag som ligger til grunn og hvilken årsakssammenheng en kan tenkes i brudd på anskaffelsesreglene. Her må vi søke løsning i alminnelige ulovfestede erstatningsrettslige prinsipper. Forarbeidene fra 1997 fastslår at de tre kumulative kravene – ansvarsgrunnlag, økonomisk tap og adekvat årsakssammenheng må være oppfylt ³⁵. Dette fremkommer også av ordlyden i paragrafen. «Det tap han har lidt» viser til at det må foreligge et økonomisk tap. Ansvarsgrunnlaget ved «brudd på denne lov eller forskrift» og til slutt årsakssammenhengen som kommer til uttrykk i «som følge av bruddet»

³⁵ Jf. Ot.prp. nr. 71 (1997-98) side 68

I EU-direktivene for offentlig anskaffelser er det ikke klarlagt hvilke erstatningsansvar og utmålingsprinsipper som skal ligge til grunn hvilke vilkår som skal gjelde. EU stiller imidlertid et krav til at det ikke skal være vanskeligere å oppnå erstatning ved brudd på de EU-rettslige anbudsreglene enn de som fremgår av nasjonal lovgivning. I NOU:21 fra 1997 stilles det spørsmål ved hvorvidt *«tilbakeholdenheten med hensyn til å idømme den positive kontraktsinteresse er i overensstemmelse med EØS-rettens krav til effektive sanksjoner ved brudd på prosedyrereguleringen»*.³⁶

I spørsmålet om hva som må til for å få erstatning har forarbeidene fra 1997-1998³⁷ følgende uttalelser: *«det må antas at man etter gjeldende rett ikke kan få erstatning ved helt bagatellmessige brudd på regelverket, men at det kreves vesentlige feil. Det er heller ikke ønskelig at enhver feil skal pådra oppdragsgiver et erstatningsansvar. Etter departementets oppfatning er dette likevel noe domstolene må vurdere i den enkelte sak og i tråd med gjeldende prinsipper i erstatningsretten»*.

Inntil slutten av nitti-tallet hadde erstatningsutmålingene vært basert på erstatning for negativ kontraktsinteresse. I spørsmålet om muligheter for erstatning for positiv kontraktsinteresse ville ikke departementet gi noen videre føringer for å utvikle en særlig erstatningspraksis knyttet til offentlige anskaffelser. Men sa samtidig at *«dersom det kun idømmes erstatning for negativ kontraktsinteresse, kan det imidlertid resultere i at få leverandører vil se seg tjent med å gå til sak med mindre bruddene på regelverket er helt klare og utgiftene til utarbeidelse av anbud eller tilbud svært høye»*.

Det nye håndhevelsesdirektivet³⁸ stiller ikke direkte nye krav til nasjonal erstatningsrett, kun at det skal være adgang til å kreve erstatning for feil begått i anskaffelsesprosessen. Dette er en videreføring av reglene i det forrige håndhevelsesdirektivet. Det er fortsatt opp

³⁶ NOU 1997:21 s.118

³⁷ Ot.prp.71 (1997-1998) kap 13

³⁸ Direktiv 2007/66/EF

til domstolene å forme gjeldende rett for erstatningsspørsmål og det er i direktivets punkt (20) nevnt at «*dette direktiv bør ikke udelukke anvendelse af strengere sanktioner i henhold til national rett*». Men de nye reglene ble innført for å bedre effektivitetsprinsippet og for at det skal være en reel mulighet for leverandørene å iverksette sanksjoner overfor oppdragsgivere som bryter regelverket.

De alminnelige krav til årsakssammenheng er at det skal være en sannsynlighetsovervekt for at det er en årsakssammenheng mellom handlingen og skaden. I Nucleus dommen vil vi se at Høyesterett har oppstilt krav til *klar* sannsynlighetsovervekt i sin drøftelse om positiv kontraktsinteresse. I drøftelser hva angår erstatning for negativ kontraktsinteresse har Høyesterett lagt til grunn den alminnelige sannsynlighetsovervekt.

Det søkes videre å gi en oversikt over ulike brudd på anskaffelsesreglene for petroleumssektoren og hvilke erstatningsutmålinger de ulike bruddene kan gi. Hvilke leverandører som kan være berettiget en erstatning vil også være et spørsmål som blir behandlet.

3.2 Ansvarsgrunnlaget

I kontraktsammenheng kan man bli ansvarlig på vanlig subjektivt culpa grunnlag dersom det ikke kommer i stand avtale, såkalt culpa in contrahendo (skyld utvist under kontraktsforhandlingene) under såkalt prekontraktuell ansvar.³⁹

Utenfor kontrakt er det skadelidte som må sannsynliggjøre at skadevolder har opptrådt uaktsomt. I kontraktsretten er bevisbyrden snudd og det er den som faktisk har forøvet et kontraktsbrudd som må godtgjøre at dette ikke skyldes uaktsomhet.⁴⁰ I norsk rett er hovedregelen for bevisbyrde overvektsprinsippet. Det vil si at domstolene legger til grunn det faktum som er det mest sannsynlige, alle forhold tatt i betraktning.

³⁹ Simonsen, Prekontraktuell ansvar 1997 s.152

⁴⁰ Simonsen, Prekontraktuell ansvar 1997 s.263

Betydningen av skyld i anbudsretten er ikke mye skrevet om i juridisk litteratur. Simonsen refererer til Kruger i sin bok om prekontraktuell ansvar der Kruger antyder i en note at ansvar for brudd på anbudsreglene er uavhengig av skyld. *«Det avgjørende vil her trolig være at der er gjort saksbehandlingsfeil overhodet, ikke at de aktuelle personer har utvist ansvarsbetingende skyld»*⁴¹

I forarbeidene til LOA fremholdes det at den alminnelige culperegelen skal gjelde. *«I forhold til offentlige anskaffelser, vil man etter norsk rett kunne få erstatning hvis oppdragsgiver ved brudd på regelverket uaktsomt påfører leverandør eller entreprenør skade»*⁴²

Det vil si at ethvert brudd på anskaffelsesregelverket vil være tilstrekkelig som ansvarsgrunnlag. Her stilles det ikke noe krav til at bruddet skal være av en bestemt karakter. Dette taler for at regelbruddet etter dette ansvarsgrunnlaget er objektivt.

I Firesafedommen⁴³ fra 1997 ble det tilkjent erstatning for den negative kontraktsinteresse. Der uttalt Høyesterett at det var en «klar feil» da kommunen tildelte kontrakten til en leverandør som ikke oppfylte kravene de hadde satt i anbudsdokumentene. *«Det kan her reise seg vanskelige spørsmål om grunnlaget for ansvar og om årsakssammenheng mellom feilen og det mulige tap. Preventive hensyn, og de særlige vansker det erstatningsrettslige bevisetema i slike forhold reiser, tilsier etter min mening at det ikke bør stilles strenge krav til årsakssammenhengen for å utløse erstatningsplikt ved klare feil.»*⁴⁴ og der det også uttales *«i mangel av nærmere regulering av erstatningsspørsmålene [...] må erstatningsansvaret bygge på alminnelige erstatningsrettslige grunnsetninger, men slik at disse tillempes de særlige hensyn som gjør seg gjeldende innen anbudsretten»*.

På denne tiden var det lite rettspraksis på området, noe også Høyesterett nevner i dommen s. 577 siste avsnitt.

41 Simonsen, Prekontraktuell ansvar 1997 s.742 (videre referanse til Kruger, Norsk kontraktsrett, s.125 note 51)

42 Ot. Prp. 97 (1991-92) s.18

43 RT 1997 s. 574

44 Se Firesafe dommen RT 1997 s 574

I tilfeller der leverandør krever erstatning for positiv kontraktsinteresse følger det av rettspraksis at det kreves mer enn det gjør ved krav om negativ kontraktsinteresse. Ansvarsgrunnlag for den positive kontraktsinteresse ble bare noen få år etter Firesafe dommen avgjort i Nucleus dommen⁴⁵. Denne dommen er sentral siden domstolene her la føringer for ansvarsgrunnlag og hvilke kriterier som må ligge til grunn for å få erstatning for positiv kontraktsinteresse. Her oppstilte Høyesterett en regel om at det må foreligge «vesentlige feil» for at leverandør skal kunne kreve erstatning for positiv kontraktsinteresse.

«Det må vere eit visst rom for feil ved vurdering av anbod, både med omsyn til det faktiske grunnlaget og med omsyn til forståing av regelverket, utan at dette gir grunnlag for ansvar for den positive kontraktsinteressa. Etter mitt syn bør utgangspunktet vere at det må vere vesentlege feil. I vurderinga av om ein feil er vesentleg, må det takast omsyn både til storleiken på feilen, typen av feil og kor mykje oppdragsgivaren er å leggje til last.»⁴⁶

I rettspraksis fra EU er det ikke helt klarlagt hvilket ansvarsgrunnlag som skal legges til grunn. Dette kommer til uttrykk i Strabag dommen⁴⁷ der EU-domstolen uttalte at erstatning til skadelidte kan ikke avhenge av klanderverdig atferd fra oppdragsgiverens side. I EU dommen Combinatie Spijker⁴⁸ oppstilte de imidlertid krav om «tilstrekkelig kvalifisert brudd». Begge disse dommene blir behandlet i kapittel om erstatningsutmåling.

Hvilken betydning har det at skadelidte leverandøren kan bebreides for feilene som er begått? Det følger av det alminnelige lojalitetsprinsippet at det bare er de berettigede forventninger som skal beskyttes. Det vil si at leverandører som kan «takke seg selv» for den si-

⁴⁵ RT 2001 s 1062

⁴⁶ Se RT 2001 s.1062 (s. 1079)

⁴⁷ EU-domstolen sak C-314/09 (Strabag)

⁴⁸ Eu-domstolen sak C-568/08 (Combinatie Spijker)

tuasjonen de er havnet i faller utenfor det erstatningsrettslige vern ⁴⁹ og erstatningsplikten til oppdragsgiver modifiseres av de alminnelige medvirkningsreglene etter skl § 5-1⁵⁰ *«medvirket til skaden ved egen skyld, kan erstatningen settes ned eller falle bort..»*

Dette kan belyses med to eksempler. Det første eksemplet er at oppdragsgiver avviser tilbud der leverandørens tilbudte priser åpenbart ikke er konkurransedyktige og leverandøren burde visst at han ikke hadde en reell mulighet til å vinne anbudet. Det andre eksempelet er hvis leverandøren vet om at et kjøp krever importlisens og anbudet blir avlyst på grunn av manglende lisens. Da vil leverandørens innsikt i risikoen helt eller delvis kunne frarøve ham det erstatningsrettslige vern og leverandøren kan ikke kreve erstatning for usaklig avlysning av anbudskonkurransen.

Leverandørens medvirkning vil med andre ord ha noe å si i den helhetsvurderingen som må gjøres når det skal avgjøres om det foreligger et erstatningsansvar.

Det må gjøres en objektiv vurdering om leverandøren var i aktsom god tro. Det vil si at en skal legge til grunn hva en alminnelig fornuftig leverandør ville gjort i en tilsvarende situasjon. Nå skal det sies at leverandørene til offentlig sektor er sikkert bedre kjent med de offentlige anskaffelsesreglene enn leverandørene i petroleumssektoren. Men på den annen side så benytter de fleste leverandører seg av juridisk kompetanse slik at reglene burde være kjent også for petroleumssektorens leverandører. Spørsmålet om godtro hos leverandøren blir som nevnt en del av helhetsvurderingen som må foretas i spørsmålet om krav om erstatning.

Men mye tyder på at åpenbare feil vil kunne føre til erstatning og kravene til feil vil være mer lempelig i søksmål om negativ kontraktsinteresse kontra søksmål om den positive kontraktsinteresse.

⁴⁹ Simonsen, Pre-kontraktuelt ansvar s. 897

⁵⁰ Se skadeerstatningsloven § 5-1

De nevnte sakene fra EU er relativt nye og det er mulig for tidlig å si noe endelig om rekkevidden av disse avgjørelsene. Mulig må norske domstolars krav i Nucleus-dommen og senere avgjørelser om krav til "vesentlige feil" og "overveiende sannsynlighet", modereres noe i saker der det søkes erstatning for positiv kontraktsinteresse.

3.3 Brudd på anskaffelsesreglene

3.3.1 Innledning

Rettslig utgangspunkt er LOA § 11 som sier at saksøker har krav på erstatning ved «brudd» på lov eller forskrift. Det gis ingen nærmere veiledning om hvilke brudd på anskaffelsesreglene som kan lede til erstatningskrav fra leverandør? Dette kapittelet vil handle om hvilke brudd som kan begås og som kan gi opphav til et erstatningskrav fra en leverandør.

For anskaffelser til petroleumssektoren kommer de grunnleggende prinsippene i LOA § 5 kommer også til anvendelse i tillegg til den alternative prosedyre i FF kap 14. I FF alternative prosedyre finner vi få detaljerte prosedyrekrav for hvordan anskaffelser skal foretas, noe som gir oppdragsgivere større fleksibilitet og som igjen øker de grunnleggende prinsippenes betydning.

I veiledningen til LOA heter det *«Innholdet i prinsippene er i en stadig rettsutvikling, der særlig EU-domstolens rettspraksis vil være retningsgivende for hvilke krav som kan utledes av prinsippene.»*⁵¹

De grunnleggende prinsippenes betydning i domstolsavgjørelser vil være et sentralt tema i den videre fremstillingen. Det vil også vises til EU-domstolens og KOFA's vektlegging av de grunnleggende prinsippene i deres fortolkning. Listen av ulike brudd er et utvalg for å gi leseren en forståelse av hvilke brudd oppdragsgiver kan begå og er ikke uttømmende.

⁵¹ Veileder til reglene om offentlige anskaffelser, kap 5 s. 58

3.3.2 Brudd på likebehandlingen

Likebehandling av leverandørene er et av de grunnleggende prinsippene i LOA § 5. Dette kommer også til uttrykk i FF § 14-2 (1) «ikke diskriminerende prosedyrer» og i (3) «informasjon skal avgis samtidig til aktuelle leverandører». Dette prinsippet hører sammen med ikke-diskrimineringsprinsippet og begge prinsippene vil derfor bli behandlet samlet.

Et brudd på dette prinsippet vil være et kvalifisert brudd på anskaffelsesreglene og blir belyst i både Høyesterettsdommer og avgjørelser fra KOFA i den videre fremstillingen.

En sentral dom som illustrerer brudd på dette prinsippet er Nucleus dommen⁵², men også KOFA's sak Statoil versus Hydro/Texaco AS⁵³ illustrerer hva som vektlegges.

Saksforholdet i Nucleus dommen var en fylkeskommune som skulle etablere et psykiatrisk senter, og inviterte først tre arkitektkontorer til å delta i et forprosjekt der de skulle utarbeide i idéskisser. Leverandøren som «vant» idekonkurransen ble videre invitert til å delta i konkurransen sammen med 9 andre kvalifiserte leverandører.

Høyesterett kom til at oppdragsgiver hadde brutt likebehandlingsprinsippet på to punkter. Først ved å vektlegge at den valgte leverandøren kunne bruke erfaringen fra Ideprosjektet i den videre konkurransen. De mente oppdragsgiver ved tildelingen måtte se bort fra deltakelse i idékonkurransen, slik at deltakerne i den konkurransen ikke ble stilt bedre enn de øvrige leverandørene.

For det annet vektla fylkeskommunen videre i sin evaluering at det var viktig at leverandøren hadde en geografisk tilknytning til utbyggingsstedet. Dette hadde ikke vært et krav i anbudspapirene og var derfor også et brudd på likebehandlingsprinsippet. Som nevnt må kriteriene følge i hele prosessen. En kan ikke legge til grunn andre kriterier i evalueringen enn det en har tilkjennegett i anbudspapirene.

⁵² Nucleus dommen, RT 2001 s. 1062

⁵³ KOFA sak 2005/193

I petroleumssektoren ville en tilsvarende problemstilling som Nucleus dommen være en relevant sak fordi det ofte er et behov for mulighetsstudier i tidligfase i et prosjekt før en kommer så langt som at det tenkes på en leverandør som skal fysisk gjøre jobben. Leverandører som både kan gjøre studiene og senere være med i en anbudskonkurranse for selve jobben vil kunne delta i flere anbudsrunder. Da vil det være viktig at evalueringen ikke favoriserer de som har deltatt i studieforespørselen.

I KOFA sak 2005/193 der Statoil var oppdragsgiver forespurte de 5 produsenter og 5 forhandlere om leveranse av 6400 kubikkmeter av Monoethulenglykol (MEG) til bruk på Snøhvit-prosjektet, samt en opsjon på levering av ytterligere 3000 kubikkmeter. Forespørselen var basert på fastpris på produktet, men etter at tilbudsfristen var gått ut endret oppdragsgiver vurderingen av priselementet fra fastpris til indekspris/markedspis. Alle leverandørene hadde som alternativ også tilbudt levering til indekspris. I avsnitt (26) sier KOFA at *«Dette utgjør endring på et vesentlig punkt. Innklagede burde av hensynet til likebehandling ha gitt alle anledning til å forhandle om endringen.»*

Klager, Hydro/Texaco anførte i denne saken muligheten for erstatning for den negative kontraktsinteresse, noe KOFA ikke tok stilling til. Spørsmålet er om det også hadde vært mulighet for den positive kontraktsinteresse da det var snakk om en volumkontrakt.

3.3.3 Brudd på tildelingskriteriene

Selv om kravene i FF § 11-1 (1) ikke kommer til anvendelse for petroleumssektoren som følger den alternative prosedyre så følger det av praksis at tildelingskriterier også setter skranker for anskaffelser til petroleumssektoren. En anskaffelse kan enten være basert på beste pris eller det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Dersom tildelingen skjer på grunnlag av det økonomisk mest fordelaktige tilbudet skal det benyttes kriterier som har tilknytning til kontraktsgjenstanden. Denne praksis følges også av petroleumssektoren selv om det ikke fremkommer som et krav i den alternative prosedyre.

Oppdragsgiver har et visst skjønn når det i sitt valg av tildelingskriterier, men det er et vilkår at det skal opplyses om tildelingskriteriene i anbudsgrunnlaget. Dette fordi potensielle leverandører skal kunne levere tilbud i henhold til oppdragsgivers informasjon. På denne måten sikrer en at de grunnleggende prinsippene i LOA § 5 om forutberegnelighet, åpenhet og gjennomsiktighet.

I petroleumssektoren utarbeides det en evalueringsprosedyre, med tilhørende evalueringsmodell, før anbudsfristen. Denne skal godkjennes etter en signaturmatrise avhengig av anskaffelsens verdi. Dette er et uttrykk for en profesjonell industri der operatørene anser seg som bundet av prosedyren selv om en ikke har konkrete krav til tildelingskriteriene i forskriften.

Hverken loven eller forskriften sier noe om hvor klart eller presist tildelingskriteriene skal utformes. Dragsten og Lindalen har kommentert at tildelingskriteriene må ikke gi oppdragsgiver et ubetinget fritt valg og må ses i sammenheng med kravet om at de skal være så klart angitt at alle rimelig opplyste og normalt påpasselige leverandører vil tolke kriteriene på samme måte.⁵⁴

EU-domstolen har gjennom sin praksis presisert en del krav til tildelingskriteriene. De må for det første kunne knyttes til kontraktens gjenstand og være relevante for kontraktens verdi. Kriteriet må ikke medføre at oppdragsgiver får et ubetinget fritt valg. Videre har oppdragsgiver et ansvar for å ivareta at kriteriene ikke medfører brudd på de grunnleggende kravene i anskaffelsesloven § 5 og til slutt må tildelingskriteriene fremgå av forespørrelsen.⁵⁵ I dette ligger at tildelingskriteriet må være egnet til å identifisere egenskaper ved den etterspurte ytelsen og ha økonomisk betydning for oppdragsgiver.

⁵⁴ Dragsten og Lindalen, Offentlige anskaffelser – kommentarutgave Bind II s. 1269

⁵⁵ Dragsten og Lindalen, Offentlige anskaffelser – kommentarutgave Bind II s. 1253 og 1254

Kriterier som kun sier noe om leverandørens virksomhet generelt vil ikke være knyttet opp til kontraktsgjenstanden. Her må det med andre ord sondres mellom kvalifikasjonskrav og tildelingskriteriene. Kvalifikasjonskravene, skal i hovedsak sikre at leverandøren er egnet og har kapasitet til å oppfylle kontrakten. Dette vil være en del av prekvalifiseringen av leverandørene til tilbyderlisten. Tildelingskriteriene skal rette seg mot tilbudene og ha tilknytning til kontraktsgjenstanden og vil være en del av anbudspapirene som oppdragsgiver lager for den spesifikke anskaffelse. Et brudd på dette vil kunne utløse erstatningsansvar.

Dette ble tatt opp som en problemstilling i EU-domstolen i Lianakis dommen⁵⁶ der domstolen henviste til at EU-retten var til hinder for at oppdragsgivere tok hensyn til leverandørenes «*erfaring, deres personale og utstyr samt deres evne til at gjennomføre undersøgelsen inden for den fastsatte tid*». Kun kriterier som har som formål å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, kan brukes som tildelingskriterier. I sak C-199/07 (2009) bygger EU-domstolen på sin avgjørelse i Lianakis dommen.

Norske domstoler og KOFA har langt på vei fulgt EU-domstolens uttalelser i Lianakis. KOFA har lagt til grunn at gjennomføringsevne som en generell kapasitet alltid er ulovlig som et tildelingskriterium, men holder fast ved at tildelingskriteriene ikke må være de samme som under kvalifikasjonskravene til leverandørene. KOFA la til grunn i sak 2008/120 at «*konkurransegrunnlaget utvetydig må klargjøre at vurdering av tilbudets kvaliteter ikke er sammenfallende med – eller en gjentakelse av – vurderingen av leverandørens kvalifikasjoner*».⁵⁷

KOFA har etter dette lagt til grunn tre vilkår:

For det første skal det i tildelingskriteriene ikke skje en sammenblanding eller gjentakelse av de forhold som er vurdert under kvalifikasjonskriteriene. Videre skal tildelingskriteriet

⁵⁶ Lianakis dommen C-532/06

⁵⁷ KOFA 2008/120

være egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet og ha tilstrekkelig tilknytning til den konkrete kontraktsgjenstanden.»⁵⁸ Dette er også henhold til EU rettspraksis.

I følgende sak for KOFA var konkurransen holdt etter den alternative prosedyre. Innklagede var Statoil ASA og klager var Hydro Texaco AS.

«Nemnda fant at innklagede hadde brutt anskaffelseslovens § 5 ved at det ikke klart var opplyst hvordan anskaffelsesprosessen ville foregå, hvilke kriterier det ville bli lagt vekt på ved tildelingen» «Innklagede hadde også endret priselementet etter tilbudsfristens utløp uten å gi samtlige tilbydere anledning til å forhandle under denne nye forutsetning.»⁵⁹

Dette er et eksempel på at selv om ikke kravene i FF alternativ prosedyre er like strenge som i forsyningssektoren forøvrig så legges det stor vekt på at de generelle kravene i LOA § 5 overholdes. Dette gjelder både hvilket innhold tildelingskriteriene skal ha, samt at de skal være ikke-diskriminerende og objektive. I det videre skal vi se på hva konsekvensen av at tildelingskriteriet ikke er i samsvar med regelverket.

Hvis oppdragsgiver har angitt et tildelingskriterium som ikke er i samsvar med regelverket, er konsekvensen at kriteriet ikke kan benyttes ved tildelingen og konkurransen må avlyses⁶⁰.

Dette ble bekreftet i EU-domstolens sak C-448/01(Wienstrom) der de la til grunn at når et tildelingskriterium ikke kunne benyttes, var konsekvensen at anskaffelsesprosessen ikke kunne lovlig fortsette. Kravene til likebehandling og gjennomsiktighet krever at oppdrags-

⁵⁸ KOFA, Årsmelding 2010, s.12

⁵⁹ KOFA, sak 2005/193

⁶⁰ Dragsten og Lindalen - Offentlige anskaffelser – kommentarutgave Bind II s. 1252

giver skal fastholde de samme tildelingskriteriene gjennom hele anskaffelsesprosessen.

Dette bekreftes også av Sue Arrowsmith i sin bok om forsyningsdirektivet.⁶¹

Det vil si at hvis en i anskaffelsesdokumentet har oppgitt et tildelingskriterium så må også det samme tildelingskriteriet fremgå av evalueringsprosedyren og evalueringen. Det skal også fremgå i begrunnelsen slik at det kan etterprøves.

Det neste spørsmålet som reises er hvilke muligheter oppdragsgiver har til å endre tildelingskriteriene underveis i anskaffelsesforløpet?

Hvis kriteriene endres underveis i evalueringen så må oppdragsgiver være seg bevisst sitt ansvar for likebehandling og forutberegnelighet for leverandørene og opplysninger om endringer skal gis til alle leverandørene samtidig, jf FF § 14-2 (3). Referanse også til KOFA avgjørelsen der Statoil endret tildelingskriteriene etter anbudsfristen uten å informere alle leverandørene. Dette ble ansett som et brudd på anskaffelsesreglene.

I tillegg oppgav de ikke hvilke kriterier som ville bli vektlang ved vurderingen av tilbudene i anbudspapirene. Her burde de oppgitt at også leveringstid, tilgjengelighet og kvalitet ville være avgjørende evalueringspunkter.

Ytterligere var det heller ingen opplysninger om anskaffelsesprosedyren de hadde brukt. KOFA's mening var at det kom fram av forespørselen, men at det er ønskelig at oppdragsgiver angir hovedtrekkene i den prosedyren som er tenkt fulgt av hensyn til forutberegneligheten for leverandørene. (avsnitt 23)

Hensyn som taler for å endre kriteriene underveis kan for eksempel være hvis budsjett-rammen endrer seg og en ser seg nødt til å redusere omfanget av anskaffelsen eller at det er kommet opp et nytt tildelingskriterium som kan gi mer valuta for pengene.⁶² Men endringer kan også misbrukes, det vil si at tildelingskriterier endres for å tilpasse evalueringen slik at tilbyderer en «ønsker» skal vinne konkurransen. Det må altså balanseres mellom å hind-

⁶¹ Sue Arrowsmith, "The Law of Public and Utilities procurement" 2. utgave 2005, punkt 7.119 s.516

⁶² Sue Arrowsmith, "The Law of Public and Utilities procurement" 2. utgave 2005, punkt 7.158 s.548

re misbruk og sikre at en oppnår en riktig evaluering av tilbudene. Nye kriterier skal heller ikke hindre at noen tilbydere blir ekskludert fra anbudskonkurransen.

Vedrørende brudd på tildelingskriteriene så fremkommer det fra KOFA at brudd på tildelingskriteriene også kan gjelde en sammenblanding av tildelingskriterier. I sak der oppdragsgiver var Stavanger kommune sa de i anbudsgrunnlaget at tildelingskriteriet skulle være *«Kvalitet og vareutvalg» mens det i realiteten var to separate tildelingskriterier med hver sin vektning i evalueringen. KOFA anførte i avsnitt (33) følgende «ettersom tildelingskriterier ikke kan endres etter tilbudsfristens utløp, jf. Forutsetningsvis forskriftens § 17-2 første ledd, er bruk av et ulovlig tildelingskriterium en feil som ikke kan rettes opp under tildelingsprosessen.»*⁶³

Konklusjonen synes å være at det tillates endringer av tildelingskriterier underveis i anbudsrunden, men at dette må gjøres kjent for alle leverandørene og alle må gis en mulighet til å svare på henvendelsen. De nye kriteriene skal heller ikke diskvalifisere noen av tilbyderne. Det gis ingen anledning til å evaluere på kriterier som ikke framkommer av anbudsgrunnlaget.

⁶³ KOFA 2009-156

3.3.4 Brudd på konkurranse

Oppdragsgiver plikter å sørge for at anskaffelsen «så langt det mulig» baseres på konkurranse. Dette følger av LOA § 5 og FF § 14-2.

Kravet til konkurranse gjelder som nevnt tidligere uavhengig av anskaffelsens art og verdi og skal være basert på forholdsmessighetsprinsippet. Det vil si at kravet til hvordan konkurransen gjennomføres, og hvor mange leverandører som blir invitert til å tilby, øker med anskaffelsens verdi og betydning.

Overfor leverandørindustrien er det viktig at den får kjennskap til hvilke anskaffelser som skal foretas. I klassisk sektor oppnås gjennom publikasjoner i Doffin⁶⁴ der oppdragsgivere kan lage og legge ut kunngjøringer om nye anskaffelser. Her kan også leverandørene holde seg oppdatert på både nasjonale og TED kunngjøringer⁶⁵.

I petroleumssektoren er det ikke en offisiell database for kunngjøring av anskaffelser. På norsk sokkel blir Achilles databasen brukt for å finne pre-kvalifiserte leverandører og forespørslene blir sendt til aktuelle leverandører via e-post eller kontrakts håndteringssystemer. Her vil det være avgjørende at anskaffelsesorganisasjonen gjør seg kjent med alternative leverandører og bruker nettverket og markedet til å kartlegge leverandørmarkedet for den enkelte anskaffelse. Hvis en ikke tilstreber dette kan aktuelle leverandører falle utenfor konkurransen og oppdragsgiver kan bli erstatningspliktig.

Særlig i en sektor med så store kontraktsverdier er det viktig med konkurranse og likebehandling av leverandørene. I petroleumssektoren er det noen få store leverandører som nærmest kan tilby en totalleveranse innenfor boring. Dette kan medføre at det er vanskelig for mindre og nyetablerte firma å komme seg inn på markedet. Ved å sikre reell konkurran-

⁶⁴ Doffin - Database for offentlige innkjøp

⁶⁵ TED – EU's database for offentlige anbudsinnbydelser

se vil en også gi mindre leverandører en mulighet til å komme seg inn i markedet med nye produkter.

Det vil videre være krav til reell konkurranse og det kan utløse erstatningsansvar hvis ikke konkurransen er skjedd i seriøs hensikt.⁶⁶ Dette følger også av UNIDROIT principles art 2.15 (3) som fastslår at *«it is bad faith, in particular, for a party to enter into or continue negotiations when intending not to reach an agreement with the other party»*.

Et eksempel på dette er hvor oppdragsgiver ønsker å vurdere markedsmessigheten av et tilbud han har mottatt, og arrangerer en anbudskonkurranse. Her siktes det til å sjekke prisnivået og ikke å finne en reell medkontrahent.⁶⁷

I Catch dommen måtte Oslo kommune betale leverandør som ble hindret i å få delta i en anbudskonkurranse. Saken gjaldt anskaffelse av datakommunikasjonsutstyr der det i tillegg til vareelementet var et betydelig tjensteelement i anbudet. KOFA konstaterte at kommunen hadde brutt kravet til kunngjøring av tjensteelementet og dermed hindret Catch til å kunne delta i anbudsrunden. Catch ble tiljent erstatning for kostnader i forbindelse med å få stanset anbudsrunden.⁶⁸

⁶⁶ Viggo Hagstrøm, Obligasjonsrett 2003 s. 86

⁶⁷ Lasse Simonsen, Prekontraktuelt ansvar s. 195

⁶⁸ Se Catch dommen RT 2008 s.982

3.3.5 Saksbehandlingsfeil

LOA § 5 oppstiller krav til god forretningsskikk. Dette innebærer krav om saklig og forsvarlig saksbehandling av anskaffelsesprosessen.

Etterprøvbarhet er både et av krav i LOA § 5 og i FF alternative prosedyre § 14-3 (1). Oppdragsgiver må sikre at all dokumentasjon som har betydning for gjennomføringen av konkurransen er skriftlig, klar og at det kan dokumenteres for en tredjepart hvilke vurderinger som ligger til grunn for tildelingen. Dokumentene det her er snakk om vil dette være anskaffelsesprosedyre, konkurransegrunnlaget og til slutt evalueringsrapporten. Hvis ikke oppdragsgiver kan dokumentere anbudsprosessen så vil dette være en saksbehandlingsfeil.

I KOFA sak 2005/193 avsnitt (28) sier KOFA at oppdragsgiver (Statoil i dette tilfellet) gis en stor grad av fleksibilitet ved gjennomføring av prosedyren, men at dette stiller på den annen side et skjerpende krav til at de beslutninger som tas, begrunnes og kan dokumenteres på en tilfredsstillende måte.

Klagenemda fant at kravene til begrunnelse og dokumentasjon i saken ikke var oppfylt.

Gjennomsiktighet er en forutsetning for at leverandørene skal kunne etterprøve oppdragsgiver. Hvis oppdragsgiver feiler i kravet til åpenhet om konkurransen, det vil si gjennom bekjentgjøring av konkurransen eller hindrer leverandørene innsynsrett i dokumentasjonen vil dette være en saksbehandlingsfeil som kan lede til erstatningskrav.

Innsynsrett i anbudsdokumentasjonen var også anført av Hydro/Texaco i saken mot Statoil for å kunne vurdere om likebehandlingen var oppfylt. Klagenemda nevner i avsnitt (27) at *«Opplysninger om hvorvidt leverandører har innlevert tilbud i samsvar med konkurransegrunnlagets krav utgjør ikke forretningshemmeligheter, og oppdragsgiver er ikke pålagt taushetsplikt i forhold til slik informasjon»*.

I Reno Vest dommen fant Høyesterett at det hadde funnet sted en forskjellsbehandling mellom leverandørene idet et garantikrav for en leverandør ble frafalt, men ikke for de øvrige.

Andre saksbehandlingsfeil som kom fram i den saken var inhabilitet og rolleblanding. Til sammen kom Høyesterett til at dette utgjorde alvorlige brudd på saksbehandlingsreglene.⁶⁹

Det er på det rene at saksbehandlingsfeil kan føre erstatningssøksmål og basert på feilenes omfang og grovhet kan det være snakk om både erstatning for negativ kontraktsinteresse og positiv kontraktsinteresse.

⁶⁹ Se Reno Vest dommen RT 2007 s.983

3.4 Hvilke leverandører kan søke erstatning?

I LOA § 11 kan «saksøker» ha krav på erstatning. Spørsmålet blir da hvem som kan ha status som saksøker. Av prosessuelle regler så vil det være et krav til at leverandøren har rettslig klageinteresse. Dette ble problematisert i Idemitsu saken⁷⁰ som ble behandlet av KOFA i 2003. Idemitsu som selv var en del av lisensgruppen ble ikke ansett for å ha rettslig klageinteresse overfor flertallet i interessefellesskapet.

Leverandører som kan søke erstatning kan deles i tre grupper. Hvis en leverandør ikke tilhører en av disse kategoriene så faller han utenfor.

For det første er det på det rene at leverandører som er forbigått i anbudsfasen, på visse vilkår, har rett til å kreve erstatning ved oppdragsgivers brudd på anskaffelsesreglene. Det vil si at en leverandør som har vært med i anbudsrunden, men ikke har fått kontrakten. Hvis leverandøren kan bevise at han ville vunnet kontrakten hvis det ikke hadde vært brudd på anbudsreglene vil han kunne ha krav på positiv kontraktsinteresse.

Det andre eksempelet er hvis det ikke tildeles noe kontrakt. Anbudsprosessen blir ulovlig avlyst av oppdragsgiver. I denne forbindelsen så kan alle leverandørene som var deltakere i anbudskonkurransen i utgangspunktet søke om erstatning. Erstatningsutmålingen vil her være erstatning for negativ kontraktsinteresse.

Er det kun tilsidesatte leverandører som kan søke erstatning eller vil det også være muligheter for potensielle leverandører å kunne søke erstatning? Dette vil være den tredje kategorien av leverandører.

⁷⁰ KOFA sak 2003/151 - Saksforholdet gjaldt fire lisensgrupper i Nordsjøen som traff vedtak om å benytte to borerigger som operatøren tidligere hadde anskaffet i en pool-ordning. Idemitsu var deltaker i lisensgruppene og anførte at det var tale om en anskaffelse av en borerigg og at anskaffelsesregelverket ikke var fulgt. KOFA kom til at Idemitsu som mindretallsdeltaker på oppdragsgiversiden ikke kunne gis klageinteresse i saken.

Høyesterett drøftet dette i RT 2008 s.982 der leverandør (Catch) ble holdt utenfor anbuds-konkurransen kommunen avholdt. Catch hadde ikke levert et tilbud og var således ikke en del av anbudskonkurransen. Utgiftene de hadde hatt kunne ikke betegnes hverken som negativ eller positiv kontraktsinteresse. Flertallet uttalte i følgende *«det at slike virksomheter ikke pådrar seg utgifter ved å delta i konkurransen – den negative kontraktsinteressen – eller at de ikke er i en posisjon til å kunne kreve den positive kontraktsinteressen – kan ikke utelukke erstatningsansvar etter bestemmelsen.»*⁷¹

Videre fra dommen heter det at *«potensielle anbydere har normalt ikke en slik tilknytning til søksmålsgjenstanden at de, når kontrakt er undertegnet, har reelt behov for å få slått fast ved domstolene at det er begått feil, jf. tvisteloven § 1-3 annet ledd og tvistemålsloven § 54. Har de pådratt seg utgifter i forsøk på å stanse en ulovlig prosess, kan imidlertid situasjonen bli annerledes. Dette tilsies også av hensynet til en effektiv håndhevelse av anbudsreglene. I situasjoner som i denne sak, er det i første rekke potensielle anbydere som vil være interessert i å aksjonere mod den forskriftsstridige kunngjøring».*⁷² Catch ble tilkjent erstatning for påløpte kostnader for å konstatere lovbruddet.

Dette synspunktet støttes også av Lasse Simonsen der han uttrykker hvis innbyder neglisjerer reglene om konkurranse og interesserte aktører ikke får deltatt i konkurransen kan han den utenforstående aktør ha bedre sjanse for negativ kontraktsinteresse enn den positive kontraktsinteresse.⁷³

⁷¹ RT 2008 s.982 avsnitt 49

⁷² RT 2008 s. 982 avsnitt 50-51

⁷³ Lasse Simonsen, Prekontraktuelt ansvar s. 900 - 901

3.5 Erstatningsutmåling

3.5.1 Innledning

Den forbigåtte leverandøren må også kunne påvise at han har hatt et økonomisk tap. Erstatningen tilkjennes etter utmålingsprinsippene for enten negativ kontraktsinteresse eller positiv kontraktsinteresse.

For den positive kontraktsinteresse (oppfyllelsesinteressen), skal den forbigåtte leverandøren stilles økonomisk som om han hadde fått kontrakten. Den negative kontraktsinteressen skal erstatte det tap leverandøren har lidt ved å utarbeide tilbudet og stille ham økonomisk som om anbudsprosessen ikke var startet.⁷⁴

Erstatningssummen for den negative kontraktsinteressen vil i det alminnelige være lavere enn erstatning for den positive kontraktsinteressen. I petroleumssektoren der kontraktsverdiene er høye kan det få ganske store følger hvis leverandøren skulle få medhold i et erstatningskrav om positiv kontraktsinteresse. Erstatning for negativ kontraktsinteresse vil også ha en viss økonomisk verdi innen petroleumssektoren. Leverandørenes anbudsfrikt for de større kontraktene er ofte flere måneder. I denne perioden skal de utarbeide tilbudene og det er ofte flere personer som er involvert i utformingen av dokumentet. Dette kan omfatte: teknisk avdeling, økonomi, HMS og juridisk. Utarbeidelsen av tilbudene kan derfor bli svært dyre.

I petroleumssektoren inngås det, som nevnt i innledningen ulike kontrakter.

Den første kontraktstypen vil være parallelle rammeavtaler. Det vil si avtaler uten omsetningsplikt der operatøren har rett til å kjøpe i henhold til kontraktens betingelser og leverandøren har en plikt til å levere.

⁷⁴ Hagstrøm, Obligasjonsrett 5. opplag s. 520

Typiske rammekontrakter vil være studiekontrakter der oppdragsgiver ønsker å bli enig med flere leverandører om et sett med betingelser, men der det ikke foreligger noen kjøpsforpliktelse for oppdragsgiver.

Er forespørselen for en slik type avtale så vil ikke leverandøren(e) ha noe oppfyllesestap og dermed faller grunnlaget for å søke erstatning om positiv kontraktsinteresse bort.

Men det kan være et grunnlag for å søke erstatning for den negative kontraktsinteresse hvis vilkårene er oppfylt.

En annen typisk kontrakt i petroleumssektoren vil være flerfeltskontrakter⁷⁵, der det i anbudsdokumentene gjøres klart at arbeidet vil bli delt mellom flere leverandører og feltinndelingen er en del av kontraktsdokumentet. I slike kontrakter vil det være en forpliktelse å levere til det feltet eller de feltene en blir tildelt, med en opsjon til (1) å levere til andre felt hvis det kommer nye installasjoner på feltet og (2) hvis ikke leverandøren for et felt har kapasitet til å levere. At leverandøren er tildelt et felt eller flere gir ham en sikkerhet for at han får levere, men det er ingen volumforpliktelser i disse kontraktene.

Heller ikke her vil det ikke være noen kjøpsforpliktelse for oppdragsgiver. Spørsmålet blir da om det er grunnlag for å søke erstatning for positiv kontraktsinteresse når en er forbigått i en slik anbudsrunde eller om han kun har anledning til å bli erstattet den negativ kontraktsinteresse?

Den tredje type kontrakter er enkeltstående kontrakter der det foreligger en volumforpliktelse. Det vil si avtaler om å kjøpe et visst antall eller volum over en nærmere spesifisert periode. Ved slike anbud vil leverandøren, på visse vilkår, ha anledning til å søke om erstatning for positiv kontraktsinteresse.

⁷⁵ Dette vil også være rammeavtaler uten omsetningssikkerhet.

3.5.2 Negative kontraktsinteresse

Teorien om den negative kontraktsinteresse har sitt utspring i ugyldighetslæren. Den ønsker å beskytte skadelidtes tiltro til at en gyldig kontrakt kan komme i stand og tiltro til en redelig forhandlingsprosess. Den skadelidte skal stilles økonomisk som om kontraktsforhandlingene ikke ble innledet og få erstattet sine utgifter til anbudsprosessen. Den negative kontraktsinteressen betegnes gjerne som «tillitsinteressen», mens det for den positive kontraktsinteressen gjerne kalles «oppfyllelsesinteressen».⁷⁶

Erstatningen for negativ kontraktsinteresse vil omfatte dekning av utgifter leverandøren har hatt med skriving og å inngi tilbud og utgifter de har pådratt seg for å stanse en ulovlig kontraktsinngåelse⁷⁷. Dette vil utgjøre et naturlig økonomisk tap for de leverandørene som har deltatt i anbudskonkurransen og vilkåret for «tap» er dermed oppfylt.

Etter LOA § 11 kan en leverandør tilkjennes erstatning for det «tap» han har lidt «som følge av bruddet». Det oppstilles her et krav til årsakssammenheng mellom den økonomiske konsekvensen leverandøren har hatt og feilen oppdragsgiver har gjort i anskaffelsesprosessen i tillegg til ansvarsgrunnlag som er behandlet tidligere.

Leverandøren må påvise at han ikke ville ha deltatt i anbudskonkurransen dersom han visste at feil ville bli begått. Det vil si at oppdragsgiveres feil ikke kan være bagatellmessige for at det skal utløse erstatningsplikt. Fra rettspraksis er det lagt til grunn at det ikke skal så mye til for å oppfylle årsakskravet for den negative kontraktsinteressen som det er for den positive kontraktsinteressen. Det vil være enklere for leverandørene å påvise årsakssammenheng dersom bruddet har vært av en viss art eller størrelse enn å vise til generelle prinsipper.

⁷⁶ Simonsen, Prekontraktuelt ansvar s. 301

⁷⁷ Referanse til Catch dommen RT 2008 s. 982 der leverandøren fikk erstatning for å stanse en ulovlig kontraktsinngåelse.

I den tidligere omtalte KOFA saken Statoil versus Hydro/Texaco AS tok ikke KOFA stilling til erstatningsspørsmålet, men klager anførte at *«de ikke ville ha deltatt i konkurranse og pådratt seg utgifter dersom de hadde visst at anskaffelseslovens saksbehandlingsregler ville bli tilsidesatt»*.⁷⁸ I denne utgjorde bruddet endring av tildelingskriteriene etter anbudsfristen. De hadde heller ikke angitt hvilke kriterier som ville bli vektlagt og anbudskonkurransen var mangelfullt dokumentert. I og med at dette var en volumkontrakt så kunne det også vært aktuelt med erstatning om positiv kontraktsinteresse, men dette var ikke anført av parten.

I Firesafe dommen⁷⁹ ble det tilkjent erstatning for den negative kontraktsinteresse. Saksforholdet gjaldt Bergen kommune innbød til begrenset anbudskonkurranse i forbindelse med brannteknisk opprusting av to grupper eiendommer. I anbudet ble det stilt krav om at de bedrifter som ble innbudt skulle ha lærlingordning. Firesafe, som ble valgt, hadde ikke en slik lærlingordning og var heller ikke tatt med i den opprinnelige innbydelsen. Det var med andre ord et brudd på likebehandlingsprinsippet.

I spørsmålet om årsakssammenheng sier Høyesterett *«Det kan være grunn til å lempe på kravet til årsakssammenheng som grunnlag for erstatning av den negative kontraktsinteresse»*⁸⁰

I dommen drøfter også Høyesterett om det kan være grunnlag for at alle tilbyderne i anbudsrunden kan ha krav på å få erstattet den negative kontraktsinteresse. På side 578 i dommen sier Høyesterett *«Helt åpenbart er det hvor det viser seg at anbudsinnbydelsen har vært fiktiv. Innbyderen har ikke hatt til hensikt å godta noe anbud, men vil se hvor ni-*

⁷⁸ KOFA sak 2005/193 avsnitt (29)

⁷⁹ Firesafe, RT 1997 s. 574

⁸⁰ Ref til side 576 i overnevnte dom

vået ligger, idet han har en annen entreprenør som er forutsatt å skulle få kontrakten når nivået er fastlagt».

Hvis en oppdragsgiver avlyser en konkurranse (uten saklig grunn) og som mulig aldri skulle vært igangsatt vil dette kunne utløse erstatning. Her vil mulig alle leverandørene som har deltatt i anbudskonkurransen kunne søke erstatning.

KOFA har i en rekke avgjørelser uttalt seg om erstatningsmuligheter for leverandørene og der erstatning for negativ erstatning har blir resultatet. I et søk på deres nettside på «negativ kontraktsinteresse» gav dette 69 treff i avgjorte saker.

De typiske situasjonene der det er tilkjent erstatning for negativ kontraktsinteresse er brudd på tildelingskriteriene, avvisning av tilbud, feil i evaluering, uklare konkurransegrunnlag og avvikende opplysninger mellom kunngjøring og konkurransegrunnlag.

Når det kommer til ulovlige tildelingskriterier i anbudspapirene så vil det være vanskelig for leverandøren å oppfylle det strenge årsakskravet til å bli tilkjent positiv kontraktsinteresse. Brudd på tildelingskriteriene har vært behandlet i en rekke avgjørelser fra KOFA der den negative kontraktsinteresse er blitt tilkjent. I sak 2010/186 hadde oppdragsgiver brutt kravet til forutberegnelighet i LOA § 5 ved å evaluere tildelingskriteriene med en annen vekt enn det som var oppgitt i konkurransegrunnlaget. Prinsipalt søkte klager i saken erstatning for positiv kontraktsinteresse i denne saken og subsidiært erstatning for negativ kontraktsinteresse. KOFA tok ikke stilling til erstatningsspørsmålet.⁸¹

⁸¹ KOFA 2010/186

3.5.3 Positive kontraktsinteresse

Rettslig grunnlag er igjen LOA § 11 og ordlyden gir oss ingen holdepunkter med hva som menes med «brudd» og hvor vesentlig bruddene må være. Det sies heller ingenting om det skal oppstilles krav til forsett eller uaktsomhet. Dette er utførlig drøftet både i KOFA og i domstolene.

Den positive kontraktsinteresse innebærer at skadelidte stilles økonomisk som om kontrakten hadde blitt inngått og oppfylt.⁸²

Med referanse til de ulike kontraktstypene innledningsvis vil kontrakter med volumforpliktelser kunne føre til erstatning for den positive kontraktsinteresse. Det vil i hovedsak være disse kontraktene leverandørene kan anføre at de har «lidt et tap» ved ikke å bli tilkjent kontrakten. Rammeavtaler uten omsetningsforpliktelse vil ikke gi grunnlag for tap for oppdragsgiver kan la være å kjøpe noe på kontrakten.

I dette kapittelet vil det vises til en rekke dommer både fra Høyesterett og fra EU-domstolen. Dommene som er valgt har prinsipiell karakter og er ikke hentet fra petroleumssektoren. EU-dommene er tatt inn i slutten av kapittelet for å vise den kronologiske utviklingen som har vært.

Når det skal bedømmes hvilke feil som er begått av oppdragsgiver så må dette bygge på en konkret vurdering av hvilken betydning rettsbruddene kan ha hatt for utfallet av konkurransen. Teoretisk så kan flere anbydere kreve erstatning for oppfyllelsesinteressen. Men skal han ha håp om å nå fram med et slikt krav, må hans anbud skille seg klart ut som en vinner. Det er sjelden at det er flere enn ett anbud som skiller seg ut som en vinner utenom det som er valgt og som dermed kan kvalifisere for positiv kontraktsinteresse.⁸³

⁸² Viggo Hagstrøm, Obligasjonsrett s 520

⁸³ Lasse Simonsen, Prekontraktuell Ansvar s. 891

Erstatning for den positive kontraktsinteresse kan kun kreves erstattet av leverandører som kan sannsynliggjøre at han hadde vunnet kontrakten dersom oppdragsgiver ikke hadde brutt regelverket.

Det er ofte den tilbydereren som er nest best som fremmer krav om erstatning for positiv kontraktsinteresse. Et eksempel hvor det kan være aktuelt å ilegge erstatning for positiv kontraktsinteresse er hvis oppdragsgiver har gjort en saksbehandlingsfeil ved evalueringen av tilbudene og at den forbigåtte leverandøren hadde fått kontrakten om ikke det var begått saksbehandlingsfeil. Bevisbyrden vil ligge på leverandøren. Han må godtgjøre at hans tilbud ville blitt valgt om prosedyren var fulgt.

Som vi skal se fra domspraksis så vil det ved erstatning for den positive kontraktsinteresse legge opp til et strengere krav til ansvarsgrunnlag enn det er for den negative kontraktsinteresse. Dette vil bli drøftet i forbindelse med Nucleus dommen og det vil vises andre nasjonale avgjørelser og til EU-domstolen. Høyesterett har i dommene som er referert nedenfor tatt stilling til hvilke saksbehandlingsfeil som kan være avgjørende for om det skal utmåles erstatning for positiv kontraktsinteresse. Som vi ser er det brudd på de grunnleggende reglene i LOA § 5 som går igjen.

I Reno saken som er behandlet tidligere kom høyesterett til at det var begått vesentlige feil og mente at anbudet fra Miljøtransport Nord AS skulle vært avvist på grunn av manglende garanti. I tillegg var det grove brudd på inhabilitetsreglene og manglende protokollføring og begrunnelse for valg av leverandør. Til sammen utgjorde dette så avgjørende brudd på anskaffelsesreglene at det ble tilkjent erstatning for den positive kontraktsinteresse.

Erstatning for oppfyllelsesinteressen ble tilkjent også i «Torghatten dommen»⁸⁴

⁸⁴ RT 1998 s.1398

Møre og Romsdal Fylkeskommune arrangerte en anbudskonkurranse om konsesjon og til-
deling av offentlig tilskudd for en hurtigbåtforbindelse i fylket. Firmaet «Torghatten» kom
best ut av evalueringen på alle punkter med unntak av ett kriterium og Høyesterett uttalte at
fylkeskommunene hadde lagt for mye vekt på dette ene kriterier. Leverandøren hadde både
lavest pris og de andre kriteriene talte utvilsomt i Torghattens favør. Torghatten hadde
dermed et rettskrav på kontrakten og ble tilkjent erstatning for tapt fortjeneste.

Høyesterett pekte på spørsmålet om det gjelder et objektivt ansvar for brudd på anskaffel-
sesregelverket i Torghatten dommen, men det ble ikke avgjort: *«Fylkeskommunen har som
nevnt anført at ansvar må være utelukket fordi det ikke er utvist ansvarsbetingende skyld.
Slik denne sak ligger an finner jeg ikke grunn til å gå inn på spørsmålet om i hvilken ut-
strekning det offentlige er erstatningsansvarlig på objektivt grunnlag. Med de feil jeg har
påvist i beslutningsgrunnlaget, må det etter min mening være klart at fylkeskommunen er
erstatningsansvarlig»*.

Førstvoterende tok med andre ord ikke stilling til hvorvidt det skal kreves skyld for å ilegge
ansvar i denne dommen.

I den neste dommen der det også ble tilkjent erstatning for positiv kontraktsinteresse var
Nucleus dommen. Her tok Høyesterett stilling til hvor vesentlig bruddet må være for å få
tilkjent erstatning for positiv kontraktsinteresse.⁸⁵ Der oppstilte høyesterett et krav til «ve-
sentlige» feil i anbudskonkurransen.

*«Etter mitt syn bør utgangspunktet vere at det må være vesentlege feil. I vurderinga om ein
feil er vesentleg, må det takast omsyn både til storleiken av feilen, typen av feil og kor my-
kje oppdragsgivaren er å leggje til last.*

⁸⁵ RT 2001 s.1062

Saksforholdet i denne dommen var en anbudskonkurranse som Møre og Romsdal fylkeskommune avholdt angående bygging av et psykiatrisk senter ved fylkessykehuset og anbudet gjaldt prosjekteringsoppdraget. Resultatet var at anbudskonkurransen ble vunnet av en gruppe der Tom Ottar Arkitektkontor AS var arkitekt. Nucleus mente at fylkeskommunen hadde overtrådt flere grunnleggende saksbehandlingsregler i forbindelse med tildelingen og at de ville ha vunnet kontrakten dersom reglene var blitt anvendt på korrekt måte. Nucleus hevdet at det blant annet var i strid med likebehandlingsprinsippet i forskriften.⁸⁶

I det prinsipielle spørsmål hvorvidt en anbyder har krav på erstatning for tapt fortjeneste ved ikke å bli tildelt kontrakten, uttaler førstvoterende (side 15):

Etter mitt syn er det grunn til at det på nærare vilkår bør vere ansvar også for den positive kontraktsinteressa ved forbigåing ved tildeling av anbud. Når regelverk og anbudsgrunnlag er slik spesifisert at det i stor grad er regelstyrt kven som skal tildelast eit oppdrag, er det ei naturleg utbygging av det også skjer på utmålingssida. Der utlysinga skjer etter EØS reglane er det for enkelt å svare ut frå om det ligg føre eit rettskrav eller ikkje. Som påpeika av Lasse Simonsen i «Prekontraktuelt ansvar», 1997, side 359?361 er det her ei konflikt mellom tradisjonell kontraktsrettsleg tankegang og alminneleg skadebotsrett utanfor kontraktshøve. Anbodsretten har særdrag med element frå begge systema, og det er då ikkje grunn til å avgjere ansvarsspørsmålet ut frå eit val mellom dei».

Høyesterett uttalte videre at ikke alle brudd på anskaffelsesregelverket ville medføre ansvar for den positive kontraktsinteressen, men oppstilte et krav om at leverandøren som krevde erstatning måtte påvise «klar sannsynlighetsovervekt» for at oppdraget skulle gått til dem. Det vil si et skjerpet krav til årsakssammenheng: *«Etter mitt syn bør det også skje ei tilstramming av beviskravet for årsakssamanheng samanhalde med det vanlege beviskravet. Ofte vil det vere vanskeleg å seie om ein feil har spela inn ved avgjerda. Det må krevjast at*

⁸⁶ Ref til tidligere redegjørelse om saksforholdet.

anbydar med klar sannsynlegovervekt viser at oppdraget skulle gått til vedkomande anbydar».

Nucleus dommer står i norsk rett som rettskapende og blir ofte omtalt og referert til i andre dommer der lignende forhold avgjøres. I de følgende dommene fra Høyesterett er det vist til Nucleus dommen og dens krav til «vesentlige feil».

I Reno-vest dommen⁸⁷ kom Høyesterett enstemmig til at det forelå vesentlige feil ved saksbehandlingen. Miljøtransport Nord, som var et datterselskap av Reno-vest, hadde ikke til bankgaranti slik det var krav om i forespørselen. Høyesterett sa derfor at tilbudet deres skulle vært avvist. Høyesterett avviste også Reno-Vests argumentasjon om at en garanti mellom mor og datterselskap ikke hadde noen reell betydning. Høyesterett uttalte:

«Det er etter anskaffelsesloven § 5 et grunnleggende krav at oppdragsgiver sikrer at det ikke finner sted forskjellsbehandling mellom leverandører. Frafalles garantikravet for en leverandør, er dette kravet krenket».

I denne saken var det også inhabilitet og rolleblanding som til sammen utgjorde alvorlige brudd på saksbehandlingsreglene. Høyesterett viste til de alminnelige anbudsrettslige prinsipper i anskaffelsesloven § 5 angående viktigheten av at offentlige oppdragsgivere *«opptrer med stor integritet, slik at allmennheten har tillit til at offentlige anskaffelser skjer på en samfunnstjenlig måte».*

I den siste dommen som skal behandles, den såkalte Rabattdommen,⁸⁸ reiste spørsmål om det ved avgjørelsen av konkurransen var adgang til å ta hensyn til et rabatt-tilbud betinget av at selskapet vant en annen kontrakt med samme oppdragsgiver.

⁸⁷ RT 2007 s.983

⁸⁸ RT av 2008 s.1705

Konklusjonen ble at kravene til likebehandling og forutberegnelighet i regelverket for offentlige anskaffelser krevde at det må fremgå av konkurransegrunnlaget dersom det skal være adgang til å ta hensyn til rabatt-tilbudet.

Høyesteretts konklusjon i avsnitt 56, etter å ha drøftet den EØS-baserte kritikken mot Nucleus-dommen:

«Jeg kan ikke se at en av EU-retten, herunder det generelle kravet til effektiv gjennomføring kan utlede at det må gjelde et strengere ansvar for vegvesenets brudd på anskaffelsesloven i denne saken enn det som følger av Nucleus-dommen, og jeg legger dette til grunn.»

«Etter min vurdering kan den saksbehandlingsfeilen som er begått, ikke medføre ansvar for positive kontraktsinteresse. At feilen innebar brudd på et grunnleggende prinsipp innen anbudsretten, kan ikke alene føre til et slikt ansvar. Selv om vegvesenet er en stor aktør på området og skal vurderes strengt, må det være en viss åpning for at rettsvillfarelse kan fritta for ansvar for positiv kontraktsinteresse.»⁸⁹ I denne saken innrømmet Høyesterett at feilen innebar et brudd på de grunnleggende prinsippene innen anbudsretten, men at det ikke alene kunne føre til et ansvar for positiv kontraktsinteresse. Rettsvillfarelse ble ansett for unnskyldelig og kommunen ble ikke ansvarlig for positiv kontraktsinteresse.

Her ser vi et resultat i utviklingen av norsk rettspraksis fra Nucleus dommen i 2001 som ble betraktet som «streng» til dommen i 2008 som åpnet opp for at rettsvillfarelse kunne være en unnskyldelig grunn til ikke å bli erstatningsansvarlig.

I hvilken grad det skal kreves skyld hos oppdragsgiver og hva en skal legge i årsakssammenheng er også forsøkt klarlagt gjennom ulike dommer fra EU-domstolen. I den videre fremstillingen vil det nevnes to dommer som de siste årene har satt sitt preg på akkurat disse problemstillingene. De vil også vise at det er noe forskjell mellom de norske domstolenes tolkning og EU-domstolens tolkning av spørsmålene.

⁸⁹ Avsnitt 57 i RT 2008 s. 1705

En dom som har stått sentral i EU-domstolen er Strabag saken⁹⁰ der EU-domstolen ble forelagt spørsmålet om regler for erstatning ved brudd på anskaffelsesregelverket krever skyld fra oppdragsgivers side, er i samsvar med EU-retten.

Saksforholdet i saken var at den østerrikske byen Graz' skulle tildele kontrakt om produksjon og leveranse av asfalt. I konkurransegrunnlaget fremgikk det at kontrakten skulle gjelde fra 1. mars til 20. desember 1999. Oppdragsgiver aksepterte likevel et tilbud fra Held & Frank Bau GmbH (heretter HFB), hvor det fremgikk at HFB ikke hadde operativ fabrikk før 17. mai 1999, og således ville bli vesentlig forsinket med leveransen. Firmaet Strabag var innstilt som nummer to og klaget på avgjørelsen og anførte at en korrekt gjennomføring av konkurransen var å avvise tilbudet fra HFB og tildele kontrakten til Strabag.

Saken ble først behandlet av den nasjonale kontrollmyndigheten. Etter deres behandling av saken kom de fram til at det ikke forelå noe plikt til å avvise HFB. Tildelingen måtte derfor anses som lovlig og kontrakten ble signert med HFB.

Strabag anførte i første instans at Stadt Graz hadde fulgt avgjørelsen fra klageorganet, kunne ikke fritas for ansvar og Strabag fikk medhold i sine anførsler. Førsteinstans uttalte at Stadt Graz hadde handlet uaktsomt ved feilaktig å unnlate å avvise tilbudet fra HFB.

I anken ble det stilt spørsmål om oppdragsgiver kunne bli ansett som uaktsom når klageorganet hadde gitt dem medhold i sin forståelse og anvendelse av regelverket. Strabag anførte at kravet om uaktsomhet var i strid med EF-retten.

EU-domstolen uttalte at det er overlatt til den enkelte stat å fastsette hvilke sanksjoner som

⁹⁰ EU-domstolen sak C-314/09 (Strabag)

skal benyttes for brudd på anskaffelsesreglene. I *Srabag* saken uttalte EU-domstolen at om skadelidte skal få erstatning kan ikke avhenge av klanderverdig atferd fra oppdragsgiverens side. I avsnitt 45 uttalte domstolen at direktiv 89/665 er til hinder for at statene kan gjøre et erstatningsansvar betinget av det foreligger skyld hos oppdragsgiver:

"Herefter skal første spørgsmål besvares med, at direktiv 89/665 skal fortolkes således, at det er til hinder for nationale retsforskrifter, hvorefter krav på skadeserstatning som følge af, at en ordregivende myndighed har overtrådt bestemmelserne om offentlige kontrakter, er betinget af, at overtrædelsen er culpøs, herunder når anvendelsen af disse retsforskrifter bygger på en formodning om, at nævnte myndighed har handlet culpøst, og når denne ikke kan påberåbe sig manglende individuelle færdigheder og dermed manglende subjektiv skyld for så vidt angår den påståede overtrædelse."

Hvilken betydning kan dette få for oppdragsgiver? Hvis denne avgjørelsen blir retningsgivende så vil det innebærer at oppdragsgiver kan bli erstatningsansvarlig for den positive kontraktsinteressen selv om oppdragsgiver ikke kan bebreides for de feil som er begått.

I «*Combinatie Spijker*»⁹¹ dommen hevder domstolen at det først er "tilstrekkelig kvalifiserte" brudd på anbudsreglene som utløser erstatningsansvar. Dette vil si at det ikke er enighet mellom disse to dommene og at rettsanvendelsen ikke er helt avgjort enda. Hvis den siste dommen skal legges til grunn kan kravet i *Nucleus*dommen om «vesentlige feil» erstattes med den EU/EØS-rettslige ansvarsnormen «tilstrekkelig kvalifisert brudd».

Combinatie Spijker-dommen nevner også at det kun skal kreves et alminnelig krav til årsakssammenheng. I avsnitt 87 heter det følgende:

« Domstolen har fastslået, at skadelidte borgere har en ret til erstatning, såfremt tre be-

⁹¹ C-568/08 *Combinatie Spijker*

tingelser er oppfylt, nemlig at den EU-retlige bestemmelse, der er tilsidesatt, har til formål at tillægge dem rettigheder, at tilsidesættelsen af denne bestemmelse er tilstrækkeligt kvalificeret, og at der er en direkte årsagsforbindelse mellem denne tilsidesættelse og borgernes tab».

EU-domstolen sier i denne dommen at nasjonalstatene skal fastsette mulighetene for å tilkjenne erstatning hvis EU-rettslige anbudsregler er tilsidesatt. I dommen presiseres det at direktivet ikke gir veiledning *«hverken hvad angår betingelserne for at anse en ordregivende myndighet for ansvarlig, eller for så vidt angår fastsættelsen av størrelsen af den erstatning, som kan pålegges»* (premiss 86 i dommen)

I det videre presiseres det at det er opp til nasjonalstatene å fastsette de nærmere vilkårene for erstatning *«I fravær af EU-retlige bestemmelser på området tilkommet det den enkelte medlemsstat i sit retssystem at fastsætte de kriterier, hvorefter erstatning for tilsidesættelse af de EU-retlige udbudsbestemmelser skal fastsættes og vurderes. (premiss 90)*

Det vil igjen si at kravet til «klar sannsynlighetsovervekt» som Høyesterett oppstilte som krav i Nucleusdommen også må modereres hvis dette synet står seg i den videre rettspraksis.

Hva vil disse dommene ha å si for petroleumssektoren? I petroleumssektoren der kontraktsverdien ofte er på 100 talls millioner er det klart at dette ville fått store konsekvenser for oljeselskapene om en leverandør ville fått tilkjent erstatning for positiv kontraktsinteresse.

4 Andre sanksjoner

4.1.1 Innledning

Det ble nevnt tidligere i oppgaven at operatøren har et valg av hvilken prosedyre han vil velge å følge. Dersom oppdragsgiver bruker den alternative prosedyre så vil det kun være erstatning som vil være sanksjonsmuligheten. Den sentrale grunnen til at disse sanksjonene ikke kommer til anvendelse er at det ikke er krav til kunngjøring og karenstperioder i den alternative prosedyre. I dette kapittelet søkes det å gi en kort redegjørelse for de ulike sanksjonsmulighetene som kan komme til anvendelse hvis den alternative prosedyre ikke benyttes.

Forsyningsforskriften fikk sommeren 2012 en del nye sanksjonsmuligheter. De nye håndhevelsesbestemmelsene om å kjenne en kontrakt uten virkning, avkortning av kontrakt og ileggelse av overtredelsesgebyr inntatt i forsyningsforskriftens Del II.

I hvilke tilfeller kan retten idømme sanksjoner overfor oppdragsgiver? For anskaffelser som omfattes av forskriftens del I, II, III og IV skal retten idømme sanksjoner får oppdragsgiver foretar en ulovlig direkte anskaffelse. Det vil si brudd på kunngjøringsreglene i forskriftens § 4-1 bokstav q. Det er ikke et krav at overtredelsen er grovt uaktsom eller forsettlig fra oppdragsgivers side. Retten skal med andre ord idømme oppdragsgiver sanksjoner når vilkårene er oppfylt, uansett omstendighetene ved overtredelsen.

Andre tilfeller der retten kan/skal ilegge oppdragsgiver sanksjoner er:

Ved tildeling av kontrakt innenfor en rammeavtale eller en dynamisk innkjøpsordning i strid med prosedyrereglene. Med alvorlige brudd på prosedyrereglene i sammenheng med brudd på bestemmelsene om karenst eller suspensjon og ved andre brudd på bestemmelsene om karenst eller suspensjon.⁹²

⁹² Se veileder til offentlige anskaffelser kapittel 18.5.2

Suspensjon av oppdragsgivers adgang til å inngå kontrakt reguleres av forsyningsforskriftens § 11-4 a).

Suspensjon inntreffer når det sendes inn en klage over tildelingsbeslutning til et klageorgan innen utløpet av karenperioden. Dette innebærer at oppdragsgiver ikke har rett til å inngå kontrakt før klageorganet har truffet en avgjørelse.⁹³

Hvis det begjæres midlertidig forføyning etter oppdragsgivers beslutning om kontraktstildeling, suspenderes oppdragsgivers adgang til å inngå kontrakt når:

- a) Oppdragsgiver har fastsatt en karenperiode etter § 11-4 (meddelelse om kontrakts-tildeling og karenstid før inngåelse av kontrakt) tredje ledd, og begjæringen er fremsatt innen utløpet av karenperioden.

For suspensjon oppstilles krav til karenperiode. I FF § 11-4 oppstilles det krav til karenstid før inngåelse av kontrakt. Perioden på karenstiden er enten 10 eller 15 dager basert på om budskapet meddeles elektronisk eller over telefax eller dersom det sendes med et annet kommunikasjonsmiddel. Oppdragsgiver skal meddele sin beslutning om hvem som skal tildeles kontrakten eller rammeavtalen til alle berørte leverandører før kontrakten eller rammeavtalen inngås. Meddelelsen skal være skriftlig og inneholde en begrunnelse.

*Bakgrunnen for direktivets nye bestemmelser om karen, er at det ble ansett som en svakhet ved håndhevelsesdirektivet (89/665/EØF) at det ikke var noen frist som gjorde det mulig å klage effektivt i perioden mellom tildelingsbeslutningen og inngåelsen av kontrakten. Det åpnet for at oppdragsgiver ved hurtig underskrivelse av kontrakten kunne gjøre virkningene av en omtvistet tildelingsbeslutning endelig.*⁹⁴

Den nye bestemmelsen om karenperiode er en videreføring av EU-domstolens praksis der det i Alcatel-dommen av 1999 tolket direktivet utvidende slik at det forplikter medlemssta-

⁹³ NOU 2010:2 kapittel 8.1

⁹⁴ NOU 2010:2 7.1 innledningen

tene til å innføre en klageprosedyre som sikrer at klageren/leverandøren kan få tildelingsbeslutningen annullert når vilkårene for dette er tilstede.⁹⁵

Denne perioden kan de «forbigåtte» leverandørene benytte til å undersøke om tildelingen er gjort i henhold til regelverket. Det første skrittet vil være å ta kontakt med oppdragsgiver og be om et de-brief møte der oppdragsgiver må forklare hvorfor leverandøren ikke nådde fram i konkurransen. En leverandør som mener seg forbigått må begjære midlertidig forføyning før karenstidens utløp eller før kontrakten er inngått.

Suspensjon inntreffer bare i to typetilfeller: Der oppdragsgiver har gjennomført konkurranse om avsluttes med en karenstid, og ved direkte tildelinger uten forutgående kunngjøring av konkurransen.⁹⁶ Suspensjonen inntreffer når begjæringen er forkynt for saksøkte og varer inntil tingretten har tatt stilling til begjæringen. Avvises begjæringen om midlertidig forføyning før karenstiden er gått ut kan ikke oppdragsgiver inngå kontrakt før karenstiden er gått ut. Dette fordi de andre leverandørene skal ha mulighet for å begjære midlertidig forføyning i perioden.

4.1.2 Uten virkning

Den kanskje mest inngripende sanksjonsmuligheten som er innført er sanksjonen uten virkning. FF § 12A-1 gir retten anledning til å kjenne en kontrakt uten virkning når oppdragsgiver har:

- a) Foretatt en ulovlig direkte anskaffelse
- b) foretatt andre brudd på denne forskriften som har påvirket leverandørens mulighet til å få kontrakten, og samtidig brutt § 11-4 (karenstid) eller inngått kontrakten i strid med § 11-4a (suspensjon), og dette har fratatt leverandøren mulighet til å iverksette rettslige skritt forut for kontraktsinngåelse.

⁹⁵ NOU 2010:2 7.1 innledningen, C-81/98 Alcatel dommen

⁹⁶ Veileder til offentlig anskaffelse, kapittel 18.3.2

At en kontrakt kjennes uten virkning vil si at den opphører, slik at partenes plikter og rettigheter ikke lenger kan håndheves. Opphøret for virkning fra det tidspunktet rettens avgjørelse er rettskraftig.⁹⁷

Det ligger også innenfor rettens kompetanse å bestemme om kontrakten skal kjennes uten virkning for fremtidig kontraktsoppfyllelse (ex nunc) eller fra tidspunktet for kontraktsinngåelse (ex tunc).

Unntak fra å kjenne en kontrakt uten virkning vil være hvis det av allmenhetens interesser tilsier at det er nødvendig at kontrakten opprettholdes. Hvis retten bestemmer at kontrakten skal bestå, skal de i stedet for idømme et overtredelsesgebyr. Med allmenhetens interesser menes at det må være fare for at liv, helse eller sikkerhet settes i fare dersom en kontrakt kjennes uten virkning.

Direktivet gir ingen god veiledning med hensyn til hvilke konsekvenser det skal ha for oppdragsgiver at en kontrakt kan kjennes uten virkning. Fra fortalen sies det at sanksjonen skal innføres i nasjonal rett og skal virke effektiv, forholdsmessig og avskrekkende. Den skal med andre ord har en preventiv virkning for oppdragsgiver. Et sentralt formål er å gjenopprette konkurransesituasjonen.

I NOU 2010:2⁹⁸ sies det at regelen ikke automatisk skal gi leverandørene rett til erstatning for den positive kontraktsinteressen. De kommer heller ikke med noen konkrete forslag til løsning på erstatningsspørsmålene. Dette vil være opp til domstolene å avgjøre.

Dette vil være en ny problemstilling som domstolene må ta stilling til. I dagens regelverk så har vi ingen tilsvarende ugyldighetsgrunn.

⁹⁷ Se veiledning til reglene om offentlig anskaffelse kapittel 18.5.3

⁹⁸ NOU 2010:2 kapittel 10

4.1.3 Avkortning av kontrakt eller overtredelsesgebyr

FF § 12 A-2 oppstiller et krav til at retten skal avkorte kontraktens løpetid eller idømme oppdragsgiver et overtredelsesgebyr når retten enten har unnlatt å kjenne kontrakten uten virkning eller når oppdragsgiver har foretatt andre brudd § 11-4, § 11-4A i andre tilfeller enn de som er omfattet av § 12A-1

Retten skal videre idømme oppdragsgiver et overtredelsesgebyr når kontrakten kjennes uten virkning for fremtidig oppfyllelse etter § 12A-1.

I § 12 A-2(3) oppstilles det en del momenter som skal vektlegges. Dette vil være overtredelsens grovhet, størrelsen på anskaffelsen, om oppdragsgiver har foretatt gjentatte overtredelser, muligheten for å gjenopprette konkurransen og den preventive virkningen.

Avkortning av kontrakt vil få virkning fra et angitt tidspunkt. Dette kan eksempelvis være at kontrakten er gyldig til ny konkurranse er avholdt og ny kontrakt inngås. Et annet eksempel er at en 4 års kontrakt kan avkortes med x antall måneder eller år.

Denne sanksjonen kan sikre samfunnsøkonomisk fornuftig avvikling av en kontrakt inntil en ny leverandør er tildelt kontrakt. Samtidig gjenskapes konkurransemulighetene ved at gjenstående deler av kontrakten lyses ut på nytt.

For overtredelsesgebyr er det satt et tak på 15 % av anskaffelsesverdien. For en offshore kontrakt så vil 15 % være et betydelig beløp.

5 Prosessuelle problemstillinger og håndhevelse av regelverket

5.1 Innledning

Reglene om offentlige anskaffelser er som tidligere nevnt en kombinasjon av EU/EØS rett og nasjonal rett. Hoveddelen av regelverket kommer fra EU/EØS retten, men den er komplettert av norske utfyllende regler som på mange felt er mer detaljerte og er til dels gitt en videre anvendelse enn det EU/EØS-retten krever.⁹⁹

Klageadgangen i henhold til håndhevelsesdirektivets artikkel 17 sies det at «*Der bør være adgang til en klageprocedure i det mindste for personer, der har eller har haft interesse i at få tildelt en bestemt kontrakt, og som har lidt eller vil kunne lide skade som følge af en påstået overtrædelse*»¹⁰⁰

Det er i utgangspunktet opp til den enkelte nasjonalstat å bestemme hvordan reglene skal etterleves, men i det nye håndhevelsesdirektivet fra EU er det oppstilt en rekke krav til hvordan dette skal skje og i Norge har vi valgt en todelt modell, ved KOFA (Klagenemd for offentlige anskaffelser) i tillegg til domstolene.

I det videre vil det kort redegjøres for hvilke oppgaver KOFA og domstolene har i en klagesak, samt en redegjørelse av ESA's rolle sammen med EFTA-domstolen.

⁹⁹ NOU 2012:2

¹⁰⁰ EU håndhevelsesdirektiv 2007/66/EF

5.2 KOFA's rolle

Klagenemd for Offentlig Anskaffelse (KOFA) ble opprettet i 2003 og deres rolle er hjemlet i Forskrift om klagenemd for offentlige anskaffelser¹⁰¹. Formålet til klageorganet kommer til uttrykk i forskriftenes § 1 som sier at KOFA skal være et «rådgivende» organ som skal behandle klager om brudd på lov om offentlig anskaffelse med tilhørende forskrifter. Videre heter det at de skal bidra til at tvister om offentlige anskaffelser løses på en effektiv, uhildet og grundig måte. Dette har vært et lavterskel tilbud for leverandører til å få prøvd saken sin før en tar skrittet til å gå til søksmål og prøve saken for domstolene.

Hva det kan klages over og krav til rettslig klageinteresse er hjemlet i forskriftens § 6 «unnlater, handlinger eller beslutninger» tatt i forbindelse med gjennomføringen av anskaffelsen. Klagen kan fremsettes av «*enhver som har saklig interesse i å få vurdert lovmessigheten av unnlatelsen, handlingen eller beslutningen.*» Det oppstilles også et krav om at klagen må fremsettes senest seks måneder etter at kontrakt ble inngått av oppdragsvier.

§ 12 i samme forskrift sier at KOFA bare å ta stilling til om det foreligger et brudd på anskaffelsesreglene eller ikke og tar ikke videre stilling til hvilke konsekvenser bruddene vil ha. I avsnitt 2 siste setning heter det «*Dersom nemnda finner grunn til det kan den uttale seg om vilkårene for klager til å kreve erstatning anses oppfylt.*»

Av de sakene som omhandler petroleumssektoren så vises det til drøftelsene tidligere i oppgaven angående sakene om Idemitsu og HydroTexaco/Statoil.

Det er flest saker som er behandlet er fra det offentlige og i gjennomsnittlig får KOFA inn mellom 150-250 saker i året. I fjor (2012) avgjorde KOFA 249 saker og av disse var det 82 saker med regelbrudd og det er en klar overvekt av kommuner som bryter regelverket.¹⁰²

¹⁰¹ FOR 2002-11-15-1288 Forskrift om klagenemd for offentlige anskaffelser

¹⁰² www.kofa.no Statistikk 2012

5.3 Domstolene

Klageadgangen for brudd på anskaffelsesreglene er hjemlet i LOA § 8 og søksmål skal reises for tingretten uten forliksmegling. I dette kapittelet søkes det å gi en oversikt over virkeområdet til domstolene i saker som omhandler brudd på anskaffelsesreglene og da særlig med henblikk mot petroleumssektoren. Søksmålsfrister og sanksjoner for anskaffelsessektoren vedrørende uten virkning, avkortning av kontraktstid eller overtredelsesgebyr vil derfor ikke behandles.

I anskaffelsesretten har både EU og norske myndigheter i forarbeidende lagt opp til at rettsutviklingen skulle skje gjennom domspraksis. Selv om anskaffelsesregelverket er omfattende så har det vært behov for og avklare grenser for ansvarsgrunnlag og skyld. Det har ikke vært kun de nasjonale domstolene som har måtte gå opp grensene, men også EU-domstolen har utviklet rettspraksis på området. Dette ble grundig behandlet i kapittel om erstatningsutmåling og da særlig for den positive kontraktsinteresse.

LOA § 8 lyder «*Søksmål om overtredelse av denne lov eller forskrifter gitt i medhold av loven, reises for tingretten uten forliksmegling.*

Inntil kontrakt er inngått, kan retten sette til side beslutninger som er truffet under en anskaffelsesprosedyre når beslutningen er i strid med bestemmelser i denne lov eller forskrifter gitt i medhold av loven.»

Ordlyden sier at «inntil kontrakt er inngått» kan retten sette til side beslutninger. Det vil si at skjæringspunktet er om kontrakten er inngått eller ikke. Dette vil gi et begrenset vern for leverandøren og særlig for leverandører til petroleumssektoren som følger den alternative prosedyre og der det ikke er noe krav til karenstid før avtale inngås.

Hvis kontrakten ikke er inngått kan tingretten sette til side ulovlige beslutninger. For oppdragsgiver vil det si at han må omgjøre den ulovlige beslutningen. I denne perioden kan også domstolene beslutte midlertidig forføyning, jf § 9 og hvis vilkårene er oppfylt så kan dette føre til at oppdragsgivers adgang til å inngå kontrakt suspenderes. Noen videre drøf-

telse om vilkår for dette vil falle utenfor rammen av oppgaven fordi det ikke vil ramme petroleumssektoren og vil derfor ikke bli behandlet noe nærmere.¹⁰³

I de tilfeller der kontrakten er inngått kan domstolene ikke lenger sette til side ulovlige beslutninger eller treffe beslutninger om midlertidig forføyning. For leverandører til petroleumssektoren vil dette si at de står ganske maktesløse. En illojal oppdragsgiver kan tildele kontrakt selv om leverandøren har sagt at det er brudd på anskaffelsesreglene.

5.4 ESA – EFTA's overvåkningsorgan

I FF alternativ prosedyre § 14-3 (2) og (3) oppstilles det et rapporteringskrav til ESA for anskaffelser over terskelverdi.

ESA er pålagt til å føre kontroll med hvordan de norske myndighetene etterlever anskaffelsesreglene, men de spiller en mer beskjeden rolle siden slike saker i hovedsak behandles gjennom de nasjonale kontrollorganene – KOFA og domstolene.

ESA kan igangsette behandling av en sak på eget initiativ eller på grunnlag av en innsendt klage. De har videre en plikt til å undersøke saker som blir fremlagt dem, men kan selv bestemme hvilke saker de ønsker å undersøke videre.

De kan treffe saker mot Norge som stat, ikke mot den enkelte oppdragsgiver. Hvis ESA finner at det er gjort overtredelser av anskaffelsesregelverket så skal både land og oppdragsgiver underrettes og det er et krav til at de må tilbakemelde med tiltak til ESA.

¹⁰³ Veileder til offentlige anskaffelser, kapittel 18.1.2

Hvis redegjørelsen om tiltak fra norske myndigheter ikke er i henhold til krav i regelverket så kan saken bringes inn for EFTA-domstolen. Dersom en sak kommer for domstolene kan det komme en forespørsel om rådgivende uttalelser fra EFTA-domstolen, tilsvarende prejudisiell uttalelse fra EU-domstolen.

All korrespondanse til ESA går gjennom Fornyings- og administrasjonsdepartementet (FAD), med utenriksdepartementet som mellomledd og det er FAD som er saksbehandler for Norge og som forholder seg til den enkelte oppdragsgiver.¹⁰⁴

¹⁰⁴ Veileder til reglene om offentlig anskaffelser, kapittel 18.1.3

6 Litteraturliste

Bøker

Fredrik Sejersted, Arnesen, Rognstad, Foyn og Kolstad - (2004). EØS-rett 2. utgave.

Marianne Dragsten, Ester Lindalen - Offentlige anskaffelser – kommentarutgave Bind II, Oslo, 2005

Sue Arrowsmith, The Law of Public and utilities procurement, 2. Utgave, London 2005

Viggo Hagstrøm, Obligasjonsrett, 5. opplag 2009

Peter Lødrup, Oversikt over erstatningsretten, 5. utgave 2005

Lasse Simonsen, Prekontraktuelt ansvar 1997

Knut Kaasen - Innføring i petroleumskontrakter 2006

Veileder til reglene om offentlige anskaffelser (nettutgave)

Norske lover

1999 Lov om offentlig anskaffelse av 16.juli

1996 Lov om petroleumsvirksomhet 29. november nr.72

1992 Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Den europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS-loven) nr 23

1969 Lov om skadeserstatning 13. juni nr 26

Norske forskrifter

2002 Forskrift om klagenemd for offentlige anskaffelser av 15. november 2002 nr 1288 (KOFA-forskriften)

2006 Forsyningsforskriften av 7. april nr 403

2006 Forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april nr 402

2012 Forskrift om ikraftsettelse av lov 11.mai 2012 nr. 25 om endringer i lov om offentlig anskaffelser og i kommuneloven (gjennomføring av EU's håndhevelsesdirektiv i norsk rett) av 11.mai nr 413

Norske forarbeider

NOU 2010:2 Håndhevelse av offentlige anskaffelser

NOU 2012:2 Næringspolitikk

NOU 1997:21 Offentlige anskaffelser

Meld. St. 28 (2010-1022)

Ot.prp. nr. 71 (1997-98)

Nettdokumenter og nettadresser

www.kofa.no

www.europalov.no

www.ssb.no

www.offshore.no

www.eur-lex.europa.eu

Traktater

EØS-avtalen Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde av 2. mai 1992

EU direktiver

EU forsynings direktiver 2004/17/EF (forsyningssektor), 2004/18/EF (klassisk sektor)

EU håndhevelsesdirektiv 2007/66/EF (tidligere 89/665/EØF og 92/13/EØF)

COM 2011-895. (u.d.).

Oljedirektivet 94/22/EF av 30.mai 1994

KOFA avgjørelser

KOFA sak 2003/151

KOFA sak 2005/193

KOFA sak 2009/156

KOFA sak 2010/186

Norske dommer

RT 2001 s.1062	Nucleus
RT 2000 s.1811	Finanger-saken
RT 2008 s.982	Catch dommen
RT 1998 s.1398	Torghatten dommen
RT 2007 s.983	Reno vest dommen
RT av 2008 s.1705	Rabatt dommen

EU/EØS dommer

C-532/06 - Lianakis dommen
C-314/09 Strabag
C-568/08 Combinatie Spijker
C-81/98 Alcatel dommen
C-448/01 Wienstrom
